

Christian Tilse

**DER ALLGEMEINE KÜNDIGUNGSSCHUTZ
DES ARBEITNEHMERS
IM GERICHTLICHEN VERGLEICHsverFAHREN
DES ARBEITGEBERS**

1977



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555421_0017

DER ALLGEMEINE KÜNDIGUNGSSCHUTZ DES ARBEITNEHMERS IM
GERICHTLICHEN VERGLEICHsverfahren DES ARBEITGEBERS

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Christian Tilse
aus
Gummersbach
1977



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Brox

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhosser

Dekan: Prof. Dr. Welp

Tag der mündlichen Prüfung: 5.12.1977

INHALTSÜBERSICHT

	<u>Seite:</u>
VORWORT	1
INLEITUNG	
A. Grundgedanke des gerichtlichen Vergleichsverfahrens	1
B. Problemstellung	3
HAUPTTEIL	
1. Abschnitt	
Überblick über die bisherige Behandlung des Problems im Schrifttum	
A. Die Behandlung des Problems vor Inkrafttreten des Kündigungsschutzgesetzes	7
B. Die Behandlung des Problems nach Inkrafttreten des Kündigungsschutzgesetzes	12
2. Abschnitt	
Problemlösung	
A. Ausschluß des allgemeinen Kündigungsschutzes bei vergleichsrechtlicher Kündigung gem. § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG	16
I. Der Begriff der außerordentlichen Kündigung	17
1. Allgemeiner Sprachgebrauch	18
2. Juristischer Sprachgebrauch	18
II. Die vergleichsrechtliche Kündigung als außerordentliche Kündigung	19

1. Vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses	20
2. Die Verfahrenseröffnung als besonderer Kündigungsgrund	22
3. Abweichende Ansichten im Schrifttum und Kritik	22
 B. Einschränkung des Begriffs der außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG	 25
 I. Außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund	 26
 II. Außerordentliche fristlose Kündigung	 28
 C. Teleologische Reduktion des § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG	 31
 I. Die Voraussetzungen der teleologischen Reduktion	 31
1. Enge Auslegung und teleologische Reduktion	31
2. Aufgabe der teleologischen Reduktion	33
3. Begriff und Wesen der Gesetzeslücke	34
 II. Die rechtspolitische Zwecksetzung der §§ 1, 13 KSchG	 36
1. Ratio legis des § 1 KSchG	37
a. Die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen	37
b. Die gesetzliche Wertung der berührten Interessen	38
c. Die Entstehungsgeschichte des § 1 KSchG	41
2. Ratio legis des § 13 KSchG	45
a. Rasche Klärung der Rechtslage	46
b. Normvorstellungen des Gesetzgebers zum Begriff der außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 13 Abs. 1 KSchG	48
3. Zusammenfassung	53

III. Die rechtspolitische Zwecksetzung des	
§ 22 KO	54
1. Ratio legis der Ablehnungsbefugnis gem.	
§ 17 KO	54
2. Besonderheit bei Dauerschuldverhältnissen	56
3. Zusammenfassung	58
IV. Die rechtspolitische Zwecksetzung des § 51	
Abs. 2 VglO	59
1. Interessenschutz des Vergleichsschuldners	
und seiner Gläubiger	59
2. Interessenschutz des Arbeitnehmers durch die	
gerichtliche Ermächtigung?	63
a. Zweck der Ermächtigung	63
b. Die Erteilungsvoraussetzungen	65
aa. Vergleichsgefährdung	65
bb. Kein unverhältnismäßiger Schaden	
für den Arbeitnehmer	68
c. Rechtliches Gehör	74
3. Zusammenfassung	75
V. Die teleologische Reduktion des § 13 Abs. 1,	
S. 1 KSchG	76
1. Der allgemeine Kündigungsschutz bei einer	
Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO	77
a. Nach der ratio legis der §§ 1, 13 KSchG	77
aa. Abweichungen von der außerordentlichen	
Kündigung aus wichtigem Grund	77
bb. Ausschluß des allgemeinen Kündigungs-	
schutzes durch die vergleichsge-	
richtliche Ermächtigung?	81
(1) Die betriebsbedingte Kündigung	81
(2) Vergleich der Entscheidungsmaß-	
stäbe gem. §§ 50 Abs. 2, S. 5 VglO,	
1 Abs. 2 und 3 KSchG	87

(3) "Vorverlagerung" des allgemeinen Kündigungsschutzes auf das Ermächtigungsverfahren?	96
(4) Zwischenergebnis	102
b. Nach der ratio legis des § 51 Abs. 2 VgLO	105
c. Vorrang des allgemeinen Kündigungsschutzes	106
d. Ausschluß der Ermächtigung de lege ferenda	110
2. Der allgemeine Kündigungsschutz bei einer Kündigung gem. § 22 KO	112
3. Ergebnis	116
ZUSAMMENFASSUNG	117

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|--------------------|---|
| Auffahrt-Müller | Kündigungsschutzgesetz, Berlin,
Frankfurt a.M. 1960 |
| Bärmann | Freiwillige Gerichtsbarkeit,
Berlin, Heidelberg, New York
1968 |
| Bartholomeyczik | Die Kunst der Gesetzesauslegung,
4. Aufl., Frankfurt a.M. 1967 |
| Baumbach | Arbeitsgerichtsgesetz in der
Fassung vom 1.5.1934, 3. Aufl.,
München, Berlin 1934 |
| Bettermann | Die freiwillige Gerichtsbarkeit
im Spannungsfeld zwischen Recht-
sprechung und Verwaltung, Fest-
schrift für Lent, 1957, S. 17 ff. |
| Bley | Betriebsabbrüche und Stilllegun-
gen im Konkurs- und Vergleichs-
verfahren, KuT 1929, 1, 65 |
| Bley-Mohrbutter | Vergleichsordnung, 3. Aufl.,
Berlin, Band I, 1970, Band II,
1972 |
| Böhle-Stamschräder | Konkursordnung, 12 Aufl.,
München 1976 |
| Böhle-Stamschräder | Vergleichsordnung, 8. Aufl.,
München 1973 |
| Böttcher | Zur Geltendmachung der Unwirk-
samkeit einer sozial ungerecht-
fertigten Kündigung gem. § 3
KSchG, BB 1952, 978 |
| Bobrowski-Gaul | Das Arbeitsrecht im Betrieb,
6. Aufl., Heidelberg 1970 |

Bovensiepen	Die Kriegsnotgesetze, DRZ 1914, 774
Brill	Der Betriebsrat im Konkurs- und Vergleichsverfahren, AuR 1967, 335
Brill-Matthes- Oehmann	Insolvenz- und Zwangsvoll- streckungsrecht, Schriften zur Arbeitsrechtblattei, Band 3, Stuttgart, Wiesbaden 1976
Brox	Allgemeiner Teil des Bürgerli- chen Gesetzbuches, Köln, Berlin, Bonn, München 1976
Brox	Die Bindung des Richters an Ent- scheidungen anderer Gerichte, ZZP 73, 46
Brox	Die objektiven Grenzen der ma- teriellen Rechtskraft im Zivil- prozeß, JuS 1962, 121
Brox	Grundbegriffe des Arbeitsrechts, 5. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1977
Bulla-Buchner	Mutterschutzgesetz, 4. Aufl., München 1976
Cahn	Aus meinem Sammelheft zur Ver- gleichsordnung, LZ 1928, 657
Cahn	Geschäftsaufsicht und Zwangs- vergleich, München, Berlin, Leipzig 1917
Cahn	Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, München, Berlin, Leipzig 1927
Canaris	Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964

Dietz	Das neue Kündigungsschutzgesetz, NJW 1951, 941
Dietz-Richardi	Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl., München 1973
Dütz	Anmerkung zum Urteil des BAG vom 24.4.1975 - 2 AZR 118/74 in EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 8
Eickmann	Konkurs- und Vergleichsrecht, Berlin, New York 1973
Eisold	Vergleichsordnung, 3. Aufl., Berlin 1931
Engisch	Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1971
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959
Erdel	Kündigungen aus Anlaß des Konkurses oder der Geschäftsaufsicht, GewKfmG 1926, Sp. 267
Erdel	Kündigung im Konkurs- und Vergleichsverfahren, Kart. Ausk. d. ArbR Nr. 239
Erdmann-Müller	Kündigungsschutzgesetz, 2. Aufl., Neuwied a.R. 1954
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 6. Aufl., Münster 1975
Feig-Sitzler	Betriebsrätegesetz, 13./14. Aufl., Berlin 1931
Flatow/Kahn-Freund	Betriebsrätegesetz, 13. Aufl., Berlin 1931
Franke	Das Kündigungsrecht des Konkursverwalters nach § 22 KO und das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Leipzig 1935

Frey	Die Stellung des Arbeitnehmers im Vergleichsverfahren, AuR 1955, 343
Friedrichs	Vergleichsverfahren und Kündi- gungseinspruch, ArbG 1927, Sp. 299
Galperin	Grundgedanken und Struktur des Kündigungsschutzgesetzes - Eine dogmatische Studie, RdA 1966, 361
Gamillscheg	Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 1976
Grüll	Kündigungsrecht im Arbeitsver- hältnis, Heidelberg 1976
Grunsky	Arbeitsgerichtsgesetz, München 1976
Güthe	Die Bestimmungen des Reichsge- setzes vom 4.8.1914 und der Be- kanntmachung des Bundesrates vom 7. und 18.8.1914 in ihrer prak- tischen Anwendung, Gruch 59, 56
Habscheid	Buchbesprechung zum Kommentar zur Vergleichsordnung von Bley- Mohrbutter, NJW 1971, 1688
Habscheid	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 6. Aufl., München 1977
Heider	Kündigung von Arbeitsverträgen nach der Konkursordnung und der Vergleichsordnung, Emsdetten 1936
Heilmann	Die Rechtslage des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeitgebers, NJW 1975, 1758

Herschel	Betriebsbezogenheit des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes und ganzheitliche Abwägung, Festschrift für Schnorr von Carolsfeld, Köln, Berlin, Bonn, München 1972, S. 157 ff.
Herschel	Zum Begriff der "unbilligen Härte", ArbG 1928, Sp. 225
Herschel-Steinmann	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 5. Aufl., Heidelberg 1961
Hörnig	Die betriebsbedingte Kündigung, RdA 1955, 132
Hueck	Das Bundeskündigungsschutzgesetz, RdA 1951, 281
Hueck	Das neue Kündigungsschutzgesetz des Wirtschaftsrates, RdA 1949, 33
Hueck	Der Hattenheimer Entwurf des Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1950, 65
Hueck-Hueck	Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl., München 1974
Hueck-Nipperdey	Grundriß des Arbeitsrechts, 5. Aufl., Berlin, Frankfurt a.M. 1970
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Berlin, Frankfurt a.M., 1. Band 1963, 2. Band (Erster Halbband) 1967
Hueck-Nipperdey-Dietz	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 4. Aufl., München, Berlin 1943

Jaeger	Konkursordnung, 1. Band, 8. Aufl., Berlin 1958
Jauernig	Zivilprozeßrecht, 18. Aufl., München 1977
Jesch	Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgebung contra legem? JZ 1963, 241
Kaskel-Dersch	Arbeitsrecht, 5. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957
Keidel	Kündigungseinspruch und Abkehr- entschädigung im gerichtlichen Vergleichs- und Konkursver- fahren, JW 1933, 1696
Keidel-Winkler	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 10. Aufl., München 1972
Kieschke-Syrup	Betriebsrätegesetz, 6. Aufl., Berlin 1928
Kiesow	Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, 4. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1931
Kilger	Der Konkurs des Konkurses, KTS 1975, 142
Kilger	Die Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts, ZRP 1976, 190
Kunkel	Kündigungsauswahl in der Praxis, BB 1952, 379
Larenz	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., München 1975
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 1976

Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1975
Lent-Jauernig	Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 13. Aufl., München 1975
Lepke	Zustimmung des Betriebsrates zu außerordentlichen Kündigungen des Arbeitgebers in besonderen Fällen, BB 1973, 894
Lücke	Zum Streitgegenstand im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozeß, JZ 1960, 203
Lucas	Die neue Vergleichsordnung, Berlin 1927
Maeder	Die Einwirkung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses auf schwebende Verträge, Berlin 1929
Mansfeld	Betriebsrätegesetz, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1930
Maurer	Kündigung von Mitgliedern einer Betriebsvertretung, BB 1972, 971
Maus	Kündigungsschutzgesetz, Baden-Baden 1973
Mayer	Kommentar zum Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, München 1928
Meier-Hayoz	Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951
Meisel-Hiersemann	Mutterschutzgesetz, Berlin, Frankfurt a.M. 1966
Mentzel-Kuhn	Kommentar zur Konkursordnung, 8. Aufl., München 1976

Merkel	Die Ablehnung der Vertragserfüllung im Vergleichsverfahren, KuT 1931, 179
Möhring-Lancelle	Vergleichsordnung, aus: Der Wirtschaftskommentator Teil D V/4, Frankfurt a.M. 1975
Mohrbutter-Haarmann	Leitfaden für Vergleichs- und Konkursverwalter, 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1976
Molitor	Die Kündigung, 2. Aufl., Mannheim 1951
Molitor	Die sozialwidrige Kündigung in der Rechtsprechung, BB 1953, 34
Monjau	Die betriebsbedingte Kündigung, BB 1967, 1211
Monjau	Soziale Auswahl bei der betriebsbedingten Kündigung, BB 1967, 1381
Monjau-Heimeier	Kündigungsschutzgesetz, 2. Aufl., Düsseldorf-Grafenberg
Müller	Gedanken zu einer Standortbestimmung des Arbeitsrechts, DB 1974, 41
Müller	Zum Bereich der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG, DB 1956, 965
Münzel	Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung, ZZP 66, 334
Nagel	Beiderseits unerfüllte gegenseitige Verträge im Vergleichsverfahren, Heidelberg 1929
Nikisch	Arbeitsrecht, I. Band, 3. Aufl., Tübingen 1961
Nikisch	Zweifelsfragen aus dem Kündigungsschutzrecht, DB 1953, 647

Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Aufl., München 1977
Rauchfuß	Studie zur außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhält- nissen, Borna, Bez. Leipzig 1936
Rewolle	Die Rechtsstellung des Arbeit- nehmers im Vergleichs- und Kon- kursverfahren, DB 1967, 1134
Rewolle-Köst	Handkommentar zum Arbeitsrecht, Band 6, Göttingen 1953
Rosenberg-Schwab	Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., München 1974
Rühl	Die Vergleichsordnung und der Verkauf unter Eigentumsvorbe- halt, ZZP 56, 154
Samolewitz	Der Einfluß der Vergleichsord- nung auf das Arbeitsverhältnis, ArbRB1 1927, Nr. 18
Sell	Die Kündigungsbeschränkungen der §§ 84, 96 BRG und § 13 SchwBeschG und der StillVO bei Kündigungen des Konkursverwal- ters und der Geschäftsaufsichts- person, GewKfmG 1926, Sp. 346
Söllner	Arbeitsrecht, 5. Aufl., Stutt- gart, Berlin, Köln, Mainz 1976
Schalhorn	Kündigung Schwerbeschädigter anlässlich des Konkurses oder der Geschäftsaufsicht, GewKfmG 1926, Sp. 302
Schaub	Arbeitsrechtshandbuch, 2. Aufl., München 1975

Schlüter	Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 22.8.1974 - 2 ABR 17/74 in EzA § 1o3 BetrVG 1972 Nr. 6
Schlüter	Die Vertretungsmacht des Gesell- schafters und die "Grundlagen der Gesellschaft", Köln, Berlin, Bonn, München 1965
Schnorr von Carolsfeld	Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1954
Schönke-Baur	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 9. Aufl., Karlsruhe 1974
Schuldt	Konkurs und Kündigungsschutz, AuR 1953, 267
Stahlhacke	Kommentar zur Gewerbeordnung, Arbeitsrechtliche Vorschriften, Darmstadt 1974
Staudinger-Nipperdey- Mohnen-Neumann	Kommentar zum Bürgerlichen Ge- setzbuch, II. Band, 3. Teil, 11. Aufl., Berlin 1958
Stritzke	Sozialpolitisches Merkblatt für Konkursverwalter und Ver- trauensperson, KuT 193o, 186
Stritzke	Vergleichsordnung und Arbeits- recht, KuT 1927, 147
Uhlenbruck	Zur Krise des Insolvenzrechts, NJW 1975, 897
Vogels-Nolte	Vergleichsordnung, 3. Aufl., Berlin, Frankfurt a.M. 1952
Waechter	Kündigung im Vergleichsver- fahren: Verhältnis § 51 Abs. 2 VglO zu § 1 KSchG, DB 1953, 887
Wallmeyer	Die Kündigung des Arbeitsver- trages aus wichtigem Grund, Stuttgart 1962

- Wandrey Kündigung von Schwerbeschädigten
und Betriebsratsmitgliedern
im Konkurs- und Geschäftsaufsicht-
verfahren, KuT 1927, 22
- Westermann Wesen und Grenzen der richter-
lichen Streitentscheidung im
Zivilrecht, Heft 32 der Schriften
der Gesellschaft zur Förderung
der Westfälischen Wilhelms-Uni-
versität zu Münster, Münster
1955
- Wichmann Der Arbeitnehmer, Lehrling und
Pensionär im Konkurs- und Ver-
gleichsverfahren des Arbeitgebers,
Göttingen 1965
- Wilrodt-Neumann Schwerbehindertengesetz, 4. Aufl.,
München 1976
- Wolf Kündigung vor Arbeitsantritt
und Schadensersatz, JuS 1968, 65
- Zaun-Axler Die Lage der Arbeitnehmer bei
Konkurs, Vergleich und Betriebs-
stillegung, Meisenheim am Glan
1974
- Zeuner Schutz des Arbeitnehmers im
Konkurs des Arbeitgebers, JZ
1976, 1
- Zeuner Wiederholung der Kündigung und
Rechtskraft im Kündigungsschutz-
streit, MDR 1956, 257

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Nachschlagewerk des Bundearbeitsgerichts - Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht, auch Das Arbeitsgericht (32. 1926/27 - 37./38. 1932/33; vorher: Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbPlSchG	Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst
ArbRB1	Blätter für Arbeitsrecht
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte
Art.	Artikel
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
BAG	Bundesarbeitsgericht, auch Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Der Betriebs-Berater
BerBiG	Berufsbildungsgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB1.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRG	Betriebsrätegesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DB	Der Betrieb

DRZ	Deutsche Richterzeitung
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
FN	Fußnote
GewKfMG	Gewerbe- und Kaufmannsgericht, auch Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht (11. 1905/06 - 31. 1925/26; nachher: Das Arbeitsgericht)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts von Gruchot
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	herrschende Meinung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kart.Ausk. d.	Kartenauskunftei des Arbeits-
ArbR	rechts
KO	Konkursordnung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schieds- gerichtswesen
KuT	Konkurs- und Treuhandwesen
LAG	Landesarbeitsgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MSchG	Mieterschutzgesetz
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Oberverwaltungsgericht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeits- gerichts

RdA	Recht der Arbeit
Rdnr.	Randnummer
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RPflG	Rechtspflegergesetz
SchwBeschG	Schwerbeschädigtengesetz
SchwGbG	Schwerbehindertengesetz
SeemG	Seemannsgesetz
StillVO	Stillegungsverordnung
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VglO	Vergleichsordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

VORWORT

Die tiefgreifende wirtschaftliche Rezession der letzten Jahre, von der sich die westliche Welt nur langsam erholt, hat zwangsläufig zu einem sprunghaften Anstieg der Insolvenzen geführt ¹⁾. In der Bundesrepublik Deutschland wurde die Entwicklung begleitet von einem erneuten ²⁾ Ruf nach einer gründlichen Überprüfung der gesamten Insolvenzvorschriften ³⁾. Diese Diskussion über die Frage der Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts soll der Anlaß für die vorliegende Arbeit sein.

EINLEITUNG

A. Grundgedanke des gerichtlichen Vergleichsverfahrens

Das gerichtliche Vergleichsverfahren dient der Abwendung des Konkurses. Das Konkursverfahren bezweckt die Befriedigung aller Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners durch Verwertung seines gesamten Vermögens ⁴⁾. In seinen Folgen ist dieses Verfahren häufig für alle Beteiligten unbefriedigend. Die Gläubiger erhalten oft nur eine geringe Quote, weil die

-
- 1) Kilger, Der Konkurs des Konkurses, KTS 1975, 142; Zeuner, Schutz des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeitgebers, JZ 1976, 1. Die Zahl der Konkurs- und Vergleichsverfahren ist von 4201 im Jahre 1970 auf 9362 im Jahre 1976 gestiegen; siehe Frankfurter Rundschau vom 23.2.1977, S. 5.
 - 2) Mit der Frage der Reformbedürftigkeit hat sich vorher zuletzt der Fachkongreß für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen am 25./26.5.1959 befaßt; vgl. Kilger, Die Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts, ZRP 1976, 190; dazu auch Uhlenbruch, Zur Krise des Insolvenzrechts, NJW 1975, 897.
 - 3) Zuletzt auf einer Tagung der Zivilprozeßrechtslehrer am 1./2.4.1976 in Saarbrücken; siehe Kilger, ZRP 1976, 190.
 - 4) Brill-Matthes-Oehmann, Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsrecht, S. 76.

Massegegenstände unter dem Zwang, verkaufen zu müssen, meist verschleudert werden und weil durch Masse- und Anfechtungsprozesse hohe Kosten entstehen. Der Gemeinschuldner verliert nicht nur sein Vermögen, sondern regelmäßig auch seine wirtschaftliche Existenz. Denn die restlose Verwertung der Konkursmasse zugunsten der Gläubiger bedeutet wirtschaftlich die Liquidierung des Schuldnerbetriebes, wobei oftmals erhebliche Werte vernichtet werden. Dem Konkurs kommt somit eine sehr einschneidende und zerstörerische Wirkung im Wirtschaftsleben zu ¹⁾.

Um zu einem besseren wirtschaftlichen Ergebnis für alle Beteiligten zu kommen, sieht die Konkursordnung in den §§ 173 ff. KO die Möglichkeit eines Zwangsvergleichs vor. Voraussetzung für einen solchen Zwangsvergleich ist, daß die Mehrheit der Gläubiger ihre Forderungen teilweise stunden oder erlassen und damit einverstanden sind, daß der Betrieb nur langsam oder gar nicht liquidiert wird ²⁾. Dem Zwangsvergleich liegt also der Gedanke zugrunde, unter Berücksichtigung der gemeinsamen Interessen von Gemeinschuldner und Gläubiger von einer schnellen Liquidierung eines Unternehmens Abstand zu nehmen und Zeit für eine langsame Liquidierung, vielleicht sogar für eine Sanierung zu gewähren ³⁾. Der Nachteil des Zwangsvergleichs besteht jedoch darin, daß er nicht zur Abwendung des Konkurses, sondern erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens möglich ist. Allein die Konkurseröffnung ist aber bereits eine so schwere Erschütterung für jedes Unternehmen, daß meist jeder Rettungsversuch zu spät kommt ⁴⁾.

1) Brill-Matthes-Oehmann, a.a.O.; Eickmann, Konkurs- und Vergleichsrecht, S. 96.

2) Lent-Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, § 58 I, S. 190.

3) Lent-Jauernig, § 63 I, S. 198.

4) Lent-Jauernig, a.a.O.

Um eine Sanierung außerhalb des Konkurses zu erreichen, war der Schuldner früher, d.h. vor der ersten gesetzlichen Regelung eines gerichtlichen Verfahrens zur Abwendung des Konkurses, ausschließlich auf eine außergerichtliche Einigung mit seinen Gläubigern angewiesen. Falls es nicht zur Einigung kam, so lag das häufig an einzelnen Gläubigern, die aus Eigensinn oder aus Mangel an volkswirtschaftlicher Einsicht einen sachgemäßen Ausgleich ablehnten und den Schuldner so in den Konkurs trieben. Das gerichtliche Vergleichsverfahren will den Einfluß solcher Vergleichsstörer durch Mehrheitsbeschluß der vergleichsbereiten Gläubiger über den Vergleichsvorschlag des Schuldners beseitigen. Ziel des Verfahrens ist nicht die Liquidation, also die Ver Silberung des gesamten Schuldnervermögens. Dem wirtschaftlich schwachen Schuldner, der es jedoch nach Person und Vermögensbestand wert ist, daß man ihm in einer finanziell schwierigen Lage entgegenkommt ¹⁾, soll vielmehr die Erhaltung und Sanierung seines Betriebes ermöglicht werden ²⁾.

B. Problemstellung

Die wirtschaftliche Gesundung des Betriebes läßt sich meist nur durch Sanierungs- und Rationalisierungsmaßnahmen erreichen. Diese Maßnahmen wiederum machen es nicht selten erforderlich, den Personalbestand des Vergleichsschuldners zu verringern ³⁾. Für die Arbeit-

-
- 1) Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, Nr. 2340 der Drucksachen des Reichstages, III. Wahlperiode 1924/26, S. 14.
 - 2) Böhle-Stammschräder, Vergleichsordnung, Einl., S. 1; Lucas, Die neue Vergleichsordnung, S. 2.
 - 3) Bley-Mohrbutter, Vergleichsordnung, § 51, 1 b.

nehmer des notleidenden Unternehmens besteht damit eine erhöhte Gefahr, ihre Arbeitsplätze zu verlieren. Diese Arbeitsplätze sind für die Arbeitnehmer weiterhin von Interesse, da das Unternehmen fortbestehen soll.

Allein durch die Eröffnung des Vergleichsverfahrens über das Arbeitgebervermögen wird das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber als Vergleichsschuldner und Arbeitnehmer in seinem Bestande nicht berührt ¹⁾. Beide Vertragsparteien behalten jedoch die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis unter anderem durch Kündigung zu beenden. Im Unterschied zum Konkursverfahren geht dabei das Kündigungsrecht des Arbeitgebers nicht auf einen Verwalter über, sondern verbleibt in den Händen des Vergleichsschuldners ²⁾. Dieses Kündigungsrecht des Arbeitgebers hat im Rahmen der Abwicklung gegenseitiger Verträge im Vergleichsverfahren in § 51 Abs. 2 VglO eine besondere Regelung gefunden. Danach ist der Arbeitgeber befugt, das Dienstverhältnis - und damit auch das Arbeitsverhältnis ³⁾ - ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer mit vorheriger Ermächtigung des Vergleichsgerichts unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen.

Auf der anderen Seite ist der Arbeitnehmer grundsätzlich gegenüber ordentlichen wie ausnahmsweise auch außerordentlichen Kündigungen ⁴⁾ durch eine Reihe von Kündigungsschutzbestimmungen geschützt, die das Kündigungsrecht des Arbeitgebers einschränken oder sogar ganz ausschließen.

1) Wichmann, Der Arbeitnehmer, Lehrling und Pensionär im Konkurs- und Vergleichsverfahren des Arbeitgebers, § 3 I, S. 57.

2) Bley-Mohrbutter, § 50, 2.

3) Palandt-Putzo, Bürgerliches Gesetzbuch, Einf. vor § 611, 10.

4) Vgl. § 9 MuSchG.

Die Gegenüberstellung von vergleichsrechtlicher Kündigungsmöglichkeit und Kündigungsschutzbestimmungen wirft die Frage auf, ob die Kündigungsschutzbestimmungen auch dann eingreifen, wenn der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer mit vorheriger Ermächtigung des Vergleichsgerichts gem. § 51 Abs. 2 VglO kündigt. Für die meisten Kündigungsschutzbestimmungen wird diese Frage im Schrifttum heute bejaht ¹⁾.

Etwas anderes gilt lediglich für den Kündigungsschutz gem. §§ 1 ff. KSchG gegen sozialwidrige Kündigungen. Diesem Schutz kommt allerdings unter den Kündigungs-schutzregelungen die größte Bedeutung zu ²⁾, weil ihn grundsätzlich alle Arbeitnehmer genießen. Für diesen allgemeinen Kündigungsschutz ist es heftig umstritten und deshalb einer näheren Untersuchung wert, ob dieser Schutz auch bei einer vergleichsrechtlichen Kündigung eingreift. Entzündet hat sich der Streit an der Tatsache, daß der vergleichsrechtlichen Kündigung eine Ermächtigung durch das Vergleichsgericht vorgeschaltet sein muß. Gem. § 50 Abs. 2, S. 5 VglO soll diese Ermächtigung dem Vergleichsschuldner nur dann erteilt werden, wenn die Erfüllung des Arbeitsvertrages das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs gefährden würde und die Ablehnung der Erfüllung, also die Kündigung, dem Arbeitnehmer keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt. Wird dem Vergleichsschuldner die Ermächtigung erteilt und kündigt der Schuldner seinem Arbeitnehmer dann gem. § 51 Abs. 2 VglO, so

1) Vgl. für §§ 15 ff. KSchG: Bley-Mohrbutter, § 51, 47; Wichmann, § 5 III, S. 85; für §§ 17 ff. KSchG: Bley-Mohrbutter, § 51, 48; Wichmann, a.a.O., S. 87; für SchwbG: Bley-Mohrbutter, § 51, 49; Wichmann, § 5 V, S. 92 ff.; für MuSchG: Bley-Mohrbutter, § 51, 50; Wichmann, § 5 IV, S. 89 jeweils m.w.N.; für die Kündigungsschutzbestimmungen bei Wehrdienst, Ersatzdienst, Luftschutzdienst und Eignungsübungen sowie das Heimkehrergesetz, den verfassungsrechtlichen Kündigungsschutz der Abgeordneten und die landesrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen vgl. Wichmann, § 5 VII ff., S. 100 ff.

2) Hueck-Hueck, Kündigungsschutzgesetz, Einl. I, S. 17.

entsteht das Problem, ob eine solche Kündigung trotz Ermächtigung des Vergleichsgerichtes noch gem. § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam sein kann, weil sie sozial nicht gerechtfertigt ist.

HAUPTTEIL

1. Abschnitt

Überblick über die bisherige Behandlung des Problems im Schrifttum

Die Frage nach dem Eingreifen des allgemeinen Kündigungsschutzes bei einer vergleichsrechtlichen Kündigung hat von jeher zu unterschiedlichen Auffassungen geführt. Man kann feststellen, daß das Schrifttum diese Frage erörtert, seit vergleichsrechtliche Kündigungsmöglichkeit des Arbeitgebers und allgemeiner Kündigungsschutz des Arbeitnehmers sich einander gegenüberstehen.

A. Die Behandlung des Problems vor Inkrafttreten des Kündigungsschutzgesetzes

Zum besseren Verständnis der in der älteren Literatur vertretenen Ansichten sollen vorab die damaligen entscheidenden Vorschriften genannt werden. Das Kündigungsrecht des Vergleichsschuldners fand seine erste gesetzliche Regelung in § 11 der Verordnung über die Geschäftsaufsicht vom 14.12.1916 ¹⁾. Die Vorschrift wurde durch § 29 des Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses vom 5.7.1927 ²⁾ abgelöst. Die Konfliktsituation zwischen dem Kündigungsrecht des Vergleichsschuldners einerseits und dem allgemeinen Kündigungsschutz des Arbeitnehmers andererseits entstand im Jahre 1920, als der allgemeine Kündigungsschutz seine erste gesetzliche Regelung in den §§ 84 ff. des Betriebsrätegesetzes vom 4.2.1920 ³⁾ fand. Der gekündigte Arbeitnehmer

¹⁾ RGBl. I S. 1363; die Geschäftsaufsichtsverordnung vom 8.8.1914 (RGBl. I S. 363) enthielt noch keine Vorschrift über die Abwicklung gegenseitiger Verträge.

²⁾ RGBl. I S. 139.

³⁾ RGBl. I S. 147.

konnte unter bestimmten Voraussetzungen, vor allem, wenn die Kündigung eine unbillige, weder durch das Verhalten des Arbeitnehmers noch durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte darstellte, Einspruch beim Arbeiter- oder Angestelltenrat erheben. Kam keine Einigung mit dem Arbeitgeber zustande, so konnte der Einspruch vor einem Schlichtungsausschuß bzw. nach Einführung der Arbeitsgerichtsbarkeit durch das Arbeitsgerichtsgesetz vom 25.12.1926 ¹⁾ vor dem Arbeitsgericht weiterverfolgt werden ²⁾. Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934 ³⁾ behielt diese Form des allgemeinen Kündigungsschutzes in den §§ 56 ff. AOG im wesentlichen bei.

Bei der Diskussion um die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes bei vergleichsrechtlicher Kündigung ist zunächst versucht worden, einen Ausschluß des allgemeinen Kündigungsschutzes mit einer analogen Anwendung des § 26 des Mieterschutzgesetzes vom 1.6.1923 ⁴⁾ zu begründen ⁵⁾. Nach dieser Vorschrift war das dem Vermieter im Konkurs des Mieters gem. § 19 KO zustehende Kündigungsrecht vom Mieterschutz nicht betroffen; dem Mieter war also der Schutz versagt. Da bei der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen dem insolventen Mieter jedoch nicht der Arbeitnehmer, sondern der in Konkurs oder Vergleich geratene Arbeitgeber entspricht, hätte eine analoge Anwendung des § 26 MSchG nur dazu führen können, den Arbeitgeber schutzlos zu stellen. Dieser aber sollte

1) RGBl. I S. 507.

2) Vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, I. Band, § 51 II, S. 750.

3) RGBl. I S. 45.

4) RGBl. I S. 353.

5) Erdel, Kündigungen aus Anlaß des Konkurses oder der Geschäftsaufsicht, GewKfMG 1926, Sp. 267; Schalhorn, Kündigung Schwerbeschädigter anläßlich des Konkurses oder der Geschäftsaufsicht, GewKfMG 1926, Sp. 302. Das Mieterschutzgesetz ist heute ersetzt durch das soziale Mietrecht der §§ 556 a ff. BGB; vgl. Söllner, Arbeitsrecht, § 36 I, S. 237.

gar nicht geschützt werden. § 26 MSchG stand daher der Anwendung des allgemeinen Kündigungsschutzes nicht entgegen ¹⁾.

Auch der Versuch, mit Hilfe des Grundsatzes "lex posterior derogat legi priori" einen Ausschluß der §§ 84 ff. BRG zu begründen ²⁾, war allein deshalb zum Scheitern verurteilt, weil dann folgerichtig nach Erlass der §§ 56 ff. AOG diese im Rahmen des älteren § 29 VglO 1927 hätten eingreifen müssen ³⁾.

Schon sehr bald wurde dann bei der Problemlösung auf die mit den Vorschriften über den allgemeinen Kündigungsschutz einerseits und mit der vergleichsrechtlichen Kündigungsregelung andererseits verfolgten gesetzgeberischen Zwecke abgestellt. Zur Begründung des Ausschlusses des allgemeinen Kündigungsschutzes gem. §§ 84 ff. BRG führt *Erdel* ⁴⁾ an, es sei ein Unding, daß zu einer vorzeitigen Kündigung, die schon der Ermächtigung des - zur sorgfältigen Prüfung ihrer Unumgänglichkeit und Tragbarkeit verpflichteten - Gerichts bedürfe, noch die Bekämpfung durch Einspruch bei der Betriebsvertretung bzw. dem Arbeitsgericht möglich sein solle. Durch die Ermächtigung sei die Gefahr, daß die Kündigung aus unsachlichen, nicht in der Tatsache der Vergleichseröffnung begründeten Motiven erfolge, sehr verringert. Eben deswegen müsse man zur Ablehnung

-
- 1) Nagel, Beiderseits unerfüllte gegenseitige Verträge im Vergleichsverfahren, § 14, S. 94 f.; Wandrey, Kündigung von Schwerbeschädigten und Betriebsratsmitgliedern im Konkurs- und Geschäftsaufsichtsverfahren, KuT 1927, 22; Wichmann, § 5 III, S. 81.
 - 2) So z.B. Kiesow, Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, § 29, 32.
 - 3) Vgl. Bley, Betriebsabbrüche und Stilllegungen im Konkurs- und Vergleichsverfahren, KuT 1929, 65; Nagel, a.a.O. FN 1; Wichmann, § 5 I, S. 76.
 - 4) Kündigung im Konkurs- und Vergleichsverfahren, Kart. Ausk. d. ArbR, Nr. 239; ders., Kündigungen aus Anlaß des Konkurses oder der Geschäftsaufsicht, GewKfmG 1926, Sp. 267.

der Anwendbarkeit der §§ 84 ff. BRG bei vergleichsrechtlicher Kündigung kommen.

Diese Ansicht hat insbesondere bei *Nagel*¹⁾ Zustimmung gefunden. Nach seiner Meinung kann es nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben, daß die Ermächtigung des Vergleichsgerichts noch durch die Betriebsvertretung bzw. durch das Arbeitsgericht nachgeprüft werden soll. Das Vergleichsgericht stelle durch die Erteilung der Ermächtigung fest, daß die Kündigung dem Arbeitnehmer keinen unverhältnismäßigen Schaden bringe. Mit diesem Ausspruch wäre es nicht vereinbar, daß eine andere Behörde, die weder im Instanzenzug noch sonst mit dem Vergleichsgericht in Verbindung stehe, feststellen könne, daß die Kündigung sich gem. § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG als eine unbillige, nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte darstelle. Die Begriffe "unverhältnismäßiger Schaden" und "unbillige Härte" seien sicherlich ungefähr gleich. Die Zulassung des Einspruchs würde damit eine Nachprüfung der Entscheidung des Vergleichsgerichts zur Folge haben, obwohl andererseits die Zweckmäßigkeit der Ermächtigung im Prozeßwege nicht nachgeprüft werden könne. Die Entscheidung des Vergleichsgerichts könne daher nicht in derselben Sache durch das Arbeitsgericht überprüft und möglicherweise abgeändert werden. Letztlich habe das Vergleichsgericht nämlich dieselben Erwägungen anzustellen wie die Instanzen nach dem Betriebsrätegesetz. Dem Arbeitnehmer würde also ein doppelter Schutz gewährt, wenn die §§ 84 ff. BRG im Falle des § 29 VglO 1927 zur Anwendung kämen. Dies läge nicht im Sinne des Gesetzes, das den Zweck habe, dem Schuldner im Interesse seiner wirtschaftlichen Gesundung

1) § 14, S. 95 ff.

eine Verminderung seines Personals zu ermöglichen ¹⁾. Damit sei es unvereinbar, wenn der Sanierungsplan durch die Entscheidung von Behörden, die mit den Verhältnissen nicht so vertraut seien wie das Vergleichsgericht, vereitelt werden könne ²⁾.

Diese Überlegungen sind zunächst nur vereinzelt auf Widerspruch gestoßen ³⁾, ohne daß jedoch die Argumente der Befürworter eines Ausschlusses des allgemeinen Kündigungsschutzes entkräftet worden wären und stattdessen die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes überzeugend dargelegt worden wäre. Die Meinung, das Vergleichsgericht habe dieselben Erwägungen wie das Arbeitsgericht anzustellen, ist zwar abgelehnt worden ⁴⁾, auf eine Begründung für diese Ansicht ist jedoch verzichtet worden. Ansonsten ist lediglich darauf verwiesen worden, daß vom Wortlaut der §§ 84 ff. BRG und mangels anderweitiger

-
- 1) Siehe dazu auch Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, Drucksachen des Reichstages III. Wahlperiode 1924/26, Nr. 2340, S. 25.
 - 2) So auch Eisold, Vergleichsordnung, § 29, 11; Friedrichs, Vergleichsverfahren und Kündigungseinspruch, ArbG 1927, Sp. 229; Kiesow, § 29, 32; Keidel, Kündigungseinspruchsrecht und Abkehrentschädigung im gerichtlichen Vergleichs- und im Konkursverfahren, JW 1933, 1926; Maeder, Die Einwirkung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses auf schwebende Verträge, S. 75; Mayer, Kommentar zum Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, § 29, 37; desgl. für das Eingreifen des allgemeinen Kündigungsschutzes gem. §§ 56 ff. AOG: Bley, Vergleichsordnung, 1. Aufl. 1935, § 29 VI, 4 a; Heider, Kündigung von Arbeitsverträgen nach der Konkursordnung und der Vergleichsordnung, S. 41; Hueck-Nipperdey-Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, vor § 56, 10; Vogels, Vergleichsordnung, 1. Aufl. 1935, § 51 II, 3 d.
 - 3) Flatow/Kahn-Freund, Betriebsrätegesetz, § 84 III, S. 442; Sell, Die Kündigungsbeschränkungen der §§ 84, 96 BRG und § 13 SchwBeschG und der StillVO bei Kündigungen des Konkursverwalters und der Geschäftsaufsichtsperson, GewKfMG 1926, Sp. 346; Stritzke, Sozialpolitisches Merkblatt für Konkursverwalter und Vertrauensperson, KuT 1930, 186.
 - 4) Flatow/Kahn-Freund, a.a.O.

Bestimmung der allgemeine Kündigungsschutz anwendbar sei. Wenn der Gesetzgeber des Betriebsrätegesetzes bei dem damals bereits bestehenden Kündigungsrecht gem. § 11 der Verordnung über die Geschäftsaufsicht den allgemeinen Kündigungsschutz hätte ausschließen wollen, so hätte es nahe gelegen, dies in § 84 Abs. 2 BRG, der das Einspruchsrecht bei außerordentlicher Kündigung regelt, zum Ausdruck zu bringen ¹⁾. Im übrigen wird allerdings von *Flatow/Kahn-Freund* ²⁾ zugegeben, daß der Einspruch meist unbegründet sei ³⁾.

B. Die Behandlung des Problems nach Inkrafttreten des Kündigungsschutzgesetzes

Die Diskussion um die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes bei vergleichsrechtlicher Kündigung hat auch nach Inkrafttreten des Kündigungsschutzgesetzes nicht aufgehört. Besondere Beachtung verdient dabei der eingehende Beitrag von *Wichmann* ⁴⁾. Wie schon vor ihm die hM zum allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Betriebsrätegesetz und dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, so geht auch *Wichmann* davon aus, daß das Vergleichsgericht bei seiner Ermächtigungsentscheidung eine Interessenabwägung vornehme, die der Abwägung gem. § 1 Abs. 2 und 3 KSchG entspreche. Wenn nämlich das Vergleichsgericht bei der Entscheidung über die Erteilung der Ermächtigung zur vergleichsrechtlichen Kündigung nach § 5o Abs. 2, S. 5 VglO vorab zu prüfen habe, ob das Festhalten am Arbeitsvertrag das Zustandekommen oder die Erfüllungbarkeit des Vergleichs gefährden würde, so sei damit notwendigerweise zu prüfen, ob "dringende betriebliche Erfordernisse" ⁵⁾ eine vergleichsrechtliche

1) *Sell*, a.a.O.

2) *A.a.O.*

3) So auch *Samolewitz*, Der Einfluß der Vergleichsordnung auf das Arbeitsverhältnis, *ArbRB1* 1927, Nr.18, der die Anwendung des Betriebsrätegesetzes für unpraktisch hält, da das Arbeitsgericht vermutlich zur gleichen Entscheidung kommen dürfte.

4) § 5 III, S. 83 ff.; siehe auch *ders.*, § 3 II, S. 63.

5) § 1 Abs. 2 KSchG.

Kündigung rechtfertigten. § 1 Abs. 3 KSchG schreibe allerdings vor, daß eine Kündigung trotz dringender betrieblicher Erfordernisse dann sozial ungerechtfertigt sei, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigen würde. Aber auch diese Gesichtspunkte habe das Vergleichsgericht im Rahmen der Frage der Vergleichsgefährdung zu beachten. Daraus folge, daß für die Anwendung der §§ 1 ff. KSchG im Rahmen des § 51 Abs. 2 VglO, also auch für eine entsprechende sachliche Überprüfung durch das Arbeitsgericht, kein Raum sei, da die vergleichsrechtliche Kündigung niemals sozialwidrig sei ¹⁾. Dies widerspreche nämlich dem Sinn und Zweck der §§ 50, 51 Abs. 2 VglO. Ein Mißbrauch des Kündigungsrechts sei wegen der Einschaltung des Vergleichsgerichts nicht zu befürchten. Gäbe man noch die Möglichkeit einer Klage nach §§ 1 ff. KSchG, so würde das Vergleichsverfahren nur unnötig erschwert werden. Zwar sei der Ermächtigungsbeschluß gem. § 121 VglO unanfechtbar, während die Entscheidung des Arbeitsgerichts mit der Berufung angefochten werden könne; diesen nicht sehr ins Gewicht fallenden Nachteil müsse der Arbeitnehmer jedoch in Kauf nehmen ²⁾.

-
- 1) Ebenso Bley-Mohrbutter, § 51, 46 c, die allerdings die Frage der richtigen sozialen Auswahl erst bei der Prüfung des unverhältnismäßigen Schadens untersuchen wollen. Im Ergebnis zustimmend auch Böhle-Stammschräder (VglO) § 51, 5; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb, G V, RdNr. 4, S. 542; Brill, Der Betriebsrat im Konkurs- und Vergleichsverfahren, AuR 1967, 335; Brill-Matthes-Oehmann, S. 87; Grüll, Kündigungsrecht im Arbeitsverhältnis, S. 134; Herschel-Steinmann, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, § 11, 5; Hueck-Hueck, § 1, 63; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, § 63, S. 626; Monjau-Heimeier, Kündigungsschutzgesetz, § 1, S. 29; Nikisch, § 51 V, S. 769; Stahlhacke, Kommentar zur Gewerbeordnung, § 105 XXII, S. 472; Waechter, Kündigung im Vergleichsverfahren; Verhältnis § 51 Abs. 2 VglO zu § 1 KSchG, DB 1953, 887.
- 2) So auch Bley-Mohrbutter, a.a.O. und Keidel, JW 1933, 1696 für das frühere Recht.

Anders als zur Zeit der Geltung des Betriebsrätegesetzes und des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Ordnung ist diese Ansicht, die wohl heute noch als herrschend bezeichnet werden kann ¹⁾, in zunehmendem Maße auf Kritik gestoßen. Ohne eine eigene Stellung zu beziehen, regt *Habscheid* ²⁾ an, diese Verlagerung des allgemeinen Kündigungsschutzes auf das Vergleichsverfahren kritisch zu überprüfen. Das sei insbesondere deshalb notwendig, weil die Ermächtigung gem. § 50 Abs. 2 VglO heute gem. § 3 Ziff. 2 f RPflG durch den Rechtspfleger erteilt werde und man sich daher fragen müsse, ob der Arbeitnehmer nicht ein Recht darauf habe, daß seine Belange primär durch den Richter geprüft werden. Wie schon *Flatow/Kahn-Freund* ³⁾ für den Kündigungsschutz nach dem Betriebsrätegesetz, so sind auch *Auffahrt-Müller* ⁴⁾ der Meinung, die Interessenabwägung des Vergleichsgerichts decke sich nicht mit der, die das Arbeitsgericht nach § 1 KSchG unter dem Gesichtspunkt der sozialen Rechtfertigung vorzunehmen habe. Die Ermächtigung schaffe lediglich die Voraussetzungen für eine Kündigung mit gesetzlicher Frist. Ob diese Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz wirksam sei, bleibe eine weitere Frage. Allerdings werde in der Praxis die Entscheidung des Arbeitsgerichts selten anders lauten als die des Vergleichsgerichts. Eine etwaige Kündigungsschutzklage sei daher meist unbegründet ⁵⁾. Auch *Vogels-Nöte* ⁶⁾ erklären in diesem Zusammenhang, das Vergleichsgericht werde bei der Erteilung der Ermächtigung zwar

1) Siehe *Auffahrt-Müller*, Kündigungsschutzgesetz, § 1, 99.

2) Besprechung zum Kommentar zur Vergleichsordnung von *Bley-Mohrbuter*, NJW 1971, 1688.

3) § 83 III, S. 442.

4) A.a.O.

5) Ebenso *Maus*, Kündigungsschutzgesetz, § 1, 100 b.

6) Vergleichsordnung, § 51 II, 3.

auf die Grundsätze des Kündigungsschutzes angemessen Rücksicht nehmen; durch die Ermächtigung des Vergleichsgerichts werde dem Arbeitnehmer jedoch der ihm gesetzlich zustehende Weg zum Arbeitsgericht nicht genommen ¹⁾. Zu einer ausführlicheren Auseinandersetzung mit den in der Literatur vertretenen unterschiedlichen Standpunkten ist es allerdings bisher noch nicht gekommen.

1) So auch im Ergebnis Frey, Die Stellung des Arbeitnehmers im Vergleichsverfahren, AuR 1955, 343; Galperin, Grundgedanken und Struktur des Kündigungsschutzgesetzes - Eine dogmatische Studie, RdA 1966, 361; Möhring-Lancelle, Vergleichsordnung, § 51, 2; Mohrbutter-Haarmann, Leitfaden für Vergleichs- und Konkursverwalter, S. 23, die allerdings durch die gleichzeitige Verweisung auf Bley-Mohrbutter, § 51, 46 ff. auf Seite 43 wohl die von Mohrbutter dort vertretene Ansicht doch aufrecht-erhalten wollen; Rewolle, Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers im Vergleichs- und Konkursverfahren, DB 1967, 1134; Rewolle-Köst, Handkommentar zum Arbeitsrecht, §§ 50, 51 VglO, Anm. 6 a; Zaun-Axler, Die Lage der Arbeitnehmer bei Konkurs, Vergleich und Betriebsstillegung, S. 83.

2. Abschnitt

Problemlösung

- A. Ausschluß des allgemeinen Kündigungsschutzes bei vergleichsrechtlicher Kündigung gem. § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG

Die bisherigen Lösungsversuche zur Frage des Eingreifens des allgemeinen Kündigungsschutzes bei vergleichsrechtlicher Kündigung zeichnen sich vornehmlich dadurch aus, daß auf die mit § 51 Abs. 2 VglO und mit den Kündigungsvorschriften verfolgten gesetzgeberischen Zwecke abgestellt wird ¹⁾. Dabei liegt es näher, das Problem zu allererst an Hand der gegebenen gesetzlichen Regelungen zu untersuchen. Dieser Weg ist bisher im Schrifttum - soweit ersichtlich - lediglich angedeutet ²⁾, jedoch nicht zu Ende gegangen worden. Nach § 1 Abs. 1 KSchG ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat ³⁾, rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Da auch die vergleichsrechtliche Kündigung vom Wortlaut her unter den Begriff "die Kündigung" subsumiert werden kann, müßte der allgemeine Kündigungsschutz gem. § 1 Abs. 1 KSchG auch bei einer Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO eingreifen.

Hier ist jedoch zu berücksichtigen, daß § 1 Abs. 1 KSchG in § 13 Abs. 1 S. 1 KSchG eine Einschränkung gefunden hat. Diese Vorschrift enthält die negative

1) Vgl. Wichmann, § 5 I, S. 76 f. m.w.N.

2) Z.B. Hueck-Hueck, § 1, 62; Wichmann, § 5 III, S. 79 f.

3) Der Ausschluß des allgemeinen Kündigungsschutzes für Arbeitnehmer, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, ist durch Gesetz zur Änderung des Kündigungsschutzgesetzes vom 5.7.1976 (BGBl. I S. 1769) aufgehoben worden.

Geltungsanordnung, daß die Vorschriften über das Recht zur außerordentlichen Kündigung durch das Kündigungsschutzgesetz nicht berührt werden, also der allgemeine Kündigungsschutz gem. § 1 Abs. 1 KSchG bei einer außerordentlichen Kündigung nicht eingreift. Wenn demnach das in § 51 Abs. 2 VglO für den Vergleichsschuldner statuierte Kündigungsrecht ein Recht zur außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG ist, dann sind nach dieser Vorschrift die §§ 1 ff. KSchG bei einer vergleichsrechtlichen Kündigung unanwendbar ¹⁾. Folglich ist zunächst festzustellen, was unter dem im Gesetz nicht näher definierten ²⁾ Begriff der außerordentlichen Kündigung gem. § 13 Abs. 1 KSchG zu verstehen ist. Danach wird man eine Antwort auf die Frage geben können, ob die vergleichsrechtliche Kündigung sich unter den Begriff der außerordentlichen Kündigung in § 13 Abs. 1 KSchG subsumieren läßt.

I. Der Begriff der außerordentlichen Kündigung

Die Frage nach der genauen Bedeutung des Begriffs "außerordentliche Kündigung" in § 13 Abs. 1 KSchG ist durch Gesetzesauslegung zu beantworten. Eine solche Auslegung wird mit dem Wortsinn beginnen. Damit ist der Sinn eines Ausdrucks oder einer Wortverbindung im allgemeinen Sprachgebrauch, um juristischen Sprachgebrauch oder auch im besonderen Sprachgebrauch des betreffenden Gesetzes gemeint ³⁾.

1) So auch Wichmann, a.a.O.

2) Auffahrt-Müller, § 11, 1.

3) Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, S. 19; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 307.

1. Allgemeiner Sprachgebrauch

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird der Begriff der außerordentlichen Kündigung häufig mit einer fristlosen Kündigung gleichgesetzt ¹⁾. Selten wird der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer erklären, daß er ihm außerordentlich kündigen müsse; der juristische Laie wird vielmehr in diesem Zusammenhang meist von einer fristlosen Entlassung oder Kündigung sprechen.

2. Juristischer Sprachgebrauch

Der allgemeine Sprachgebrauch muß jedoch bei der Gesetzesauslegung da zurüctreten, wo ein Ausdruck in der Rechtssprache seine besondere Bedeutung erhalten hat ²⁾. Nach juristischen Sprachgebrauch bildet die außerordentliche Kündigung begriffssystematisch den Gegensatz zur ordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ³⁾. Während die ordentliche Kündigung das im Gesetz oder Vertrag vorgesehene Mittel zur regelmäßigen Beendigung eines nicht auf bestimmte Zeit befristeten Arbeitsverhältnisses ist, pflegt man nach juristischem Sprachgebrauch im Gegensatz dazu als außerordentlich die Kündigung anzusehen, die eine vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeiführt, dafür aber einen besonderen Kündigungsgrund voraussetzt ⁴⁾. Dieser besondere Kündigungsgrund muß grundsätzlich gesetzlich verankert sein; ausnahmsweise können besondere Kündigungsgründe allerdings

1) Gamillscheg, Arbeitsrecht, S. 201; Hueck-Hueck, § 13, 5; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 626, 2.

2) Bartholomeyczik, a.a.O. unter Hinweis auf die unterschiedliche Auslegung des Begriffs "Leihe" nach allgemeinem und juristischem Sprachgebrauch.

3) Wallmeyer, Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund, S. 2.

4) Bobrowski-Gaul, L II, S. 644; Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 56 X, S. 562; Nikisch, § 48 I, S. 688; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 123 II, S. 519.

auch auf Tarifvertrag, ja sogar auf Einzelvertrag beruhen ¹⁾.

Früher war der Gegensatz von ordentlicher und außerordentlicher Kündigung ganz eindeutig, weil die ordentliche Kündigung überhaupt keinen Grund voraussetzte, vielmehr im freien Belieben der Vertragsparteien stand. Das gilt dagegen heute unbeschränkt nur noch für die Kündigung durch den Arbeitnehmer, während die Kündigung durch den Arbeitgeber, soweit der Kündigungsschutz eingreift, auch als ordentliche nur bei Vorliegen besonderer Gründe wirksam ist, an die allerdings geringere Anforderungen zu stellen sind als an diejenigen einer außerordentlichen Kündigung. Trotzdem ist auch bei der Kündigung des Arbeitgebers die Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung von wesentlicher Bedeutung geblieben - wie sich z.B. aus § 13 Abs. 1 KSchG ergibt -, so daß an ihr festzuhalten ist ²⁾.

II. Die vergleichsrechtliche Kündigung als außerordentliche Kündigung

Die vergleichsrechtliche Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO ist demnach als eine außerordentliche Kündigung anzusehen, wenn sie zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt und durch einen gesetzlich vorgesehenen besonderen Kündigungsgrund gerechtfertigt ist.

1) Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 59 VII, S. 597; Hueck-Hueck, § 13, 6.

2) Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 56 X, S. 562.

1. Vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Fraglich ist zunächst, ob die vergleichsrechtliche Kündigung stets eine, nicht vertragsgemäße Kündigung ist. Der Wortlaut des § 51 Abs. 2 VglO läßt die Schlußfolgerung zu, daß alle Arbeitsverhältnisse, die bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens bestehen, mit gesetzlicher Frist gekündigt werden können. Eine solche Kündigung kann sowohl eine regelmäßige als auch eine vorzeitige Kündigung sein.

Das Recht zur Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO kommt jedoch zum einen nur für Arbeitsverhältnisse in Betracht, die auf bestimmte Zeit eingegangen sind und nicht vor oder spätestens bis zum Wirksamwerden einer Kündigung mit gesetzlicher Frist durch Zeitablauf erlöschen. Wenn das Arbeitsverhältnis ohnehin bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist durch Zeitablauf beendet ist, so würde eine Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO ins Leere gehen ¹⁾.

Darüberhinaus ist eine vergleichsrechtliche Kündigung nur bei solchen auf unbestimmte Zeit eingegangenen Arbeitsverhältnissen möglich, bei denen eine Kündigungsfrist vereinbart wurde, die länger als die gesetzliche Frist ist ²⁾. Wenn ein auf unbestimmte Zeit eingegangenes Arbeitsverhältnis auch außerhalb des Vergleichsverfahrens unter Einhaltung der gesetzlichen Frist, einer kürzeren vertraglichen Frist oder vereinbarungsgemäß sogar fristlos ³⁾ gekündigt werden könnte, so scheidet für solche Arbeitsverhältnisse die Beendigung durch eine vergleichsrechtliche Kündi-

1) Wichmann, § 3 I, S. 58.

2) Bley-Mohrbutter, § 51, 40; Bobrowski-Gaul, S. 542; Wichmann, a.a.O.

3) Dies ist dann möglich, wenn gem. § 622 Abs. 3 und 4 BGB tariflich oder vertraglich die Einhaltung einer Kündigungsfrist allgemein ausgeschlossen ist; vgl. Hueck-Hueck, § 13, 5.

gung aus. § 51 Abs. 2 VglO soll dem Vergleichsschuldner die Möglichkeit verschaffen, sich vorzeitig vom Vertrag zu lösen. Das Gesetz bietet damit eine Erleichterung für den Vergleichsschuldner ¹⁾. Kann er dagegen bereits aufgrund des Arbeitsvertrages zumindest mit gesetzlicher Frist kündigen, so ist kein Grund ersichtlich, warum auch für eine solche Kündigung die Ermächtigung des Vergleichsgerichts erforderlich sein sollte ²⁾. Der Sinn und Zweck der vergleichsrechtlichen Kündigung würde vielmehr in sein Gegenteil verkehrt, wollte man es dem Vergleichsschuldner auferlegen, die Ermächtigung zur Kündigung auch in den Fällen einzuholen, in denen er am Vertrag festhält ³⁾.

Eine Überlegung ist allerdings die Frage wert, ob der Arbeitgeber für die Kündigung solcher Arbeitsverhältnisse eine Ermächtigung gem. § 50 Abs. 2 VglO beantragen kann. Obwohl die Ermächtigung grundsätzlich als Erschweris für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses anzusehen ist, könnte sie für den Arbeitgeber dann zugleich eine Erleichterung bedeuten, wenn bei einer mit Ermächtigung des Vergleichsgerichts erfolgten Kündigung der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers ausgeschlossen wäre. Diese Frage bildet den Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit. Unabhängig von der Antwort darauf wird man jedoch sagen müssen, daß der Arbeitgeber sich nicht zu einer Kündigung ermächtigen zu lassen braucht, die auch ohne Ermächtigung erfolgen kann. Etwas, was ohnehin gestattet ist, bedarf nicht der gerichtlichen Genehmigung.

1) Bley-Mohrbutter, § 51, 1 b.

2) Wichmann, a.a.O., m.w.N.

3) Fuchs, Anm. zu RAG JW 1929, 1506.

Die vergleichsrechtliche Kündigung kommt demnach nur dann in Betracht, wenn der Vergleichsschuldner nicht am Arbeitsvertrag festhalten bzw. das Arbeitsverhältnis nicht vertragsgemäß beenden will. Die Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO führt also zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

2. Die Verfahrenseröffnung als besonderer Kündigungsgrund

Wesentliche Voraussetzung für die vergleichsrechtliche Kündigung ist die Tatsache, daß das Vergleichsverfahren über das Vermögen des Vergleichsschuldners eröffnet ist. Nur wenn der Arbeitgeber als Vergleichsschuldner sich überhaupt im Vergleichsverfahren befindet, kommt eine vergleichsrechtliche Kündigung in Betracht. Die Vergleichseröffnung ist damit als der besondere Kündigungsgrund anzusehen, der zur vorzeitigen Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO berechtigt ¹⁾. Dieser besondere Kündigungsgrund wird zwar nicht ausdrücklich in § 51 Abs. 2 VglO erwähnt, er ergibt sich jedoch aus der Stellung dieser Vorschrift innerhalb der Vergleichsordnung ²⁾. Diese Überlegungen lassen den Schluß zu, daß die vergleichsrechtliche Kündigung eine außerordentliche Kündigung ist ³⁾.

3. Abweichende Ansichten im Schrifttum und Kritik

Vereinzelte ist dieses Ergebnis jedoch auf Ablehnung gestoßen. Ausgangspunkt der Überlegungen

1) Grüll, S. 132; Hueck-Hueck, § 1, 62.

2) Rauchfuß, Studie zur außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen, S. 17.

3) So auch Bobrowski-Gaul, L II, S. 645; Erman-Küchenhoff, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 626, 21; Galperin, RdA 1966, 361; Hueck-Hueck, § 1, 62, 63; § 13, 5; Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 59 I, S. 581; § 61, S. 614; dies., Grundriß des Arbeitsrechts, § 30 VIII, S. 128; Schaub, § 125 I, S. 537; Wichmann, § 5 III, S. 80; a.A. Herschel-Steinmann, § 11, 4.

war dabei die Tatsache, daß die vergleichsrechtliche Kündigung im Unterschied zu den meisten anderen Fällen der gesetzlich geregelten außerordentlichen Kündigung nicht fristlos, sondern nur mit gesetzlicher Frist erfolgen kann. Lediglich die vergleichbare Vorschrift des § 22 KO, aus der das vorzeitige Kündigungsrecht gem. § 51 Abs. 2 Vglo letztlich hervorgegangen ist ¹⁾, enthält ebenfalls ein Recht zur vorzeitigen Kündigung mit gesetzlicher Frist.

Schnorr von Carolsfeld ²⁾ sieht die Kündigungsmöglichkeiten des Insolvenzrechts gem. §§ 22 KO, 51 Abs. 2 Vglo als eine dritte Form der Kündigung neben der ordentlichen und der außerordentlichen Kündigung an, die er "kurzfristige Kündigung" nennt. Die Dauer der Kündigungsfrist allein, sei sie nun kurz oder lang, vermag jedoch nichts über den Rechtscharakter der Kündigung auszusagen. Auch eine "kurzfristige" Kündigung ist entweder vertragsgemäß, also eine ordentliche, oder sie läßt die vertraglichen Vereinbarungen unbeachtet, dann ist sie eine außerordentliche Kündigung. Überhaupt kann aus der Kündigungsfrist nichts über den Rechtscharakter der Kündigung entnommen werden. Denn die Unterscheidung zwischen befristeter und fristloser Kündigung bezieht sich nicht auf die Kündigungsvoraussetzungen, sondern auf die Wirkungen der Kündigung ³⁾. Auch eine ordentliche Kündigung kann unter Umständen fristlos sein ⁴⁾.

1) Bley-Mohrbutter, § 51, 1; Cahn, Geschäftsaufsicht und Zwangsvergleich, § 11, A.

2) Arbeitsrecht, § 9 V, S. 398.

3) Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, vor §§ 62o ff., 68.

4) Auffahrt-Müller, § 1, 43; Grüll, S. 41; Hueck-Hueck, § 13, 5.

Wenn *Brill-Matthes-Oehmann* ¹⁾ die vergleichsrechtliche Kündigung als "vorzeitige Kündigung" bezeichnen, so ist dies gerade ein typisches Merkmal der außerordentlichen Kündigung, die sich eben dadurch auszeichnet, daß sie abweichend von der regelmäßigen Frist, also vorzeitig, erfolgt. Eine dritte Form der Kündigung neben der ordentlichen und der außerordentlichen ist begrifflich nicht denkbar ²⁾.

Stahlhacke ³⁾ betrachtet die insolvenzrechtlichen Kündigungsmöglichkeiten als ordentliche Kündigungen. In der Tat ist die Kündigung gem. § 22 KO durch den Konkursverwalter dann einer ordentlichen Kündigung gleichgestellt, wenn der Gemeinschuldner als Arbeitgeber auch außerhalb des Konkurses aufgrund des Arbeitsvertrages das Arbeitsverhältnis mit gesetzlicher oder einer kürzeren vertraglichen Frist hätte kündigen können. Ein solches Kündigungsrecht hätte dem Konkursverwalter jedoch auch ohne die Bestimmung des § 22 KO zugestanden ⁴⁾. Entscheidend ist aber, daß § 22 KO ein Kündigungsrecht normiert, das unabhängig von den vertraglichen Vereinbarungen ausgeübt werden kann. Daher muß § 22 KO als ein Recht zum Eingriff in die vertraglichen Bindungen angesehen werden, das das Arbeitsverhältnis vorzeitig und damit nicht den vertraglichen Regeln entsprechend beendet, selbst wenn die konkursrechtliche Kündigung in manchen Fällen der ordentlichen Kündigung entspricht ⁵⁾.

1) S. 87.

2) Siehe dazu Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 57 X, S. 562.

3) § 105, 6.

4) Wichmann, § 5 III, S. 80.

5) Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 61 I, S. 614; Erman-Küchenhoff, § 626, 20; Nikisch, § 50 III, S. 741 ff.; Schaub, § 125 I, S. 537; Schuldt, Konkurs und Kündigungsschutz, AuR 1953, 267; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, vor §§ 620 ff., 100.

Anders als das Kündigungsrecht des Konkursverwalters kommt das Kündigungsrecht des Vergleichsschuldners gem. § 51 Abs. 2 VglO überhaupt nur dort in Betracht, wo das Arbeitsverhältnis aufgrund des Vertrages nur mit einer längeren als der gesetzlichen Frist oder gar nicht gekündigt werden könnte ¹⁾. § 51 Abs. 2 VglO enthält also in jedem Fall ein Recht zur vorzeitigen Kündigung, auch wenn die Kündigung nicht fristlos, sondern nur mit gesetzlicher Frist ausgesprochen werden kann. Die insolvenzrechtlichen Kündigungs-möglichkeiten sind daher nicht als ordentliche, sondern als außerordentliche Kündigungen anzusehen ²⁾.

B. Einschränkung des Begriffs der außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG

Da, die §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO ein Recht zur außerordentlichen Kündigung enthalten, müßte man dazu kommen, den allgemeinen Kündigungsschutz gem. § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG in den Fällen der insolvenzrechtlichen Kündigung nicht eingreifen zu lassen. Dies entspricht - zumindest für die Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO - vom Ergebnis her der herrschenden Meinung ³⁾. Allerdings wird der Weg zu diesem Ergebnis über § 13 Abs. 1 S. 1 KSchG im Schrifttum ganz überwiegend abgelehnt ⁴⁾. Das überrascht zunächst, da gerade auch die Autoren, die andererseits zu Recht

1) Im einzelnen dazu oben Seite 20 ff.

2) Widersprüchlich Maus, § 1, 100 a und b, der die konkursrechtliche als ordentliche, die vergleichsrechtliche Kündigung dagegen als außerordentliche Kündigung bezeichnet.

3) S.o. Seite 13.

4) Lediglich Herschel-Steinmann, § 11, 4 f. kommen über § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG zu dem Ergebnis, daß bei den insolvenzrechtlichen Kündigungen die §§ 1 ff. KSchG nicht gelten; widersprüchlich ist es allerdings, wenn sie bei der Auswahl unter mehreren Arbeitnehmern dennoch § 1 Abs. 3 KSchG anwenden wollen.

die insolvenzrechtlichen Kündigungsvorschriften als außerordentliche Kündigung bezeichnen, diese Konsequenz ablehnen. In der Literatur ist jedoch ein gewisses Unbehagen zu erkennen, das Problem der Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes bei konkurs- und vergleichsrechtlicher Kündigung allein mit dem Wortlaut des § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG zu lösen ¹⁾.

I. Außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund

Die ablehnende Haltung wird einerseits damit begründet, § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG könne bei Kündigungen gem. §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes deshalb nicht ausschließen, weil diese Kündigungen das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht voraussetzt. Die Kündigungsbeschränkungen fänden daher grundsätzlich Anwendung ²⁾. Nun verlangen die vergleichs- und konkursrechtlichen Kündigungen keinen wichtigen Grund, wie ihn z.B. die außerordentliche Kündigung gem. § 626 BGB voraussetzt ³⁾, sie sind jedoch an das Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes, nämlich die Eröffnung des Konkurs- bzw. Vergleichsverfahrens, gebunden, den Hueck-Hueck an anderer Stelle ⁴⁾ selbst als besonderen Kündigungsgrund bezeichnen.

1) Wichmann, § 5 III, S. 80 hält diesen Schritt für bedenklich.

2) Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 63, S. 626; Nikisch, § 51 V, S. 768.

3) Allein die Existenz der §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO beweist, daß Vergleich und Konkurs kein wichtiger Grund zur Kündigung gem. § 626 BGB sind (siehe amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, Nr. 2340 der Drucksachen des Reichstages, III. Wahlperiode 1924/26, S. 25, in der es heißt, daß § 29 VglO 1927 die negative Bedeutung habe, daß das Vertragsverhältnis nicht wegen des Vergleichsverfahrens fristlos beendet werden dürfe).

4) § 1, 62.

Dennoch lassen sich unterschiedliche Merkmale bei Betrachtung der für die §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO maßgeblichen Kündigungsgründe einerseits und der für die übrigen Fälle der gesetzlich geregelten außerordentlichen Kündigung geforderten Gründe andererseits nicht verkennen. Die insolvenzrechtlichen Kündigungsmöglichkeiten setzten als Kündigungsgrund die Eröffnung des Konkurs- bzw. Vergleichsverfahrens voraus. Ist dieser bestimmte Tatbestand eingetreten, so berechtigt er gem. §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO zu einer unbestimmten Anzahl außerordentlicher Kündigungen.

Der Kündigungsgrund, an den die übrigen im Gesetz geregelten Fälle der außerordentlichen Kündigung knüpfen, ist dagegen anders ausgestaltet. § 626 BGB und die nach Erlaß des ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes vom 14.8.1969 ¹⁾ noch erhalten gebliebenen Sondervorschriften, nämlich die §§ 15 Abs. 2 Ziff. 1 BerBiG, 64 ff. SeemG, 2. Abs. 3 ArbPlSchG verbinden das außerordentliche Kündigungsrecht des Arbeitgebers mit dem Vorliegen eines wichtigen Grundes. Nach der Generalklausel des § 626 BGB ist ein solcher Grund gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann ²⁾. Damit unterliegt die Frage des wichtigen Grundes einem pflichtgemäßen Ermessen in erster Linie des Arbeitgebers selbst, dann des Richters, wenn es zum Prozeß kommt. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit werden

1) BGBI. I, S. 1106.

2) Vgl. ausführlich zum Begriff des wichtigen Grundes Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 626, 18 ff. m.w.N.

die Interessen des Arbeitgebers an der sofortigen Entfernung des Beschäftigten von der Arbeitsstelle und das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes sorgfältig gegeneinander abgewogen. Das im Einzelfall vorgehende Interesse entscheidet letztlich ¹⁾.

Demgegenüber wird bei der Frage nach dem Vorliegen eines Kündigungsgrundes im Rahmen der insolvenzrechtlichen Kündigung eine solche Einzelfallentscheidung nicht vorgenommen. Konkurs bzw. Vergleich genügen allein als Kündigungsgrund, ohne daß es im einzelnen noch zu einer Interessenabwägung der Vertragsparteien kommt. Eine Unterscheidung zwischen der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund und der außerordentlichen Kündigung wegen Insolvenz des Arbeitgebers erscheint daher wegen der verschiedenartigen Ausgestaltung des Kündigungsgrundes gerechtfertigt ²⁾. Allerdings läßt sich dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 KSchG nicht entnehmen, daß in dieser Vorschrift eine solche Unterscheidung getroffen werden soll. Für die Ansicht, durch diese Vorschrift werde der allgemeine Kündigungsschutz nur bei einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund ausgeschlossen, muß erst noch die Begründung erbracht werden.

II. Außerordentliche fristlose Kündigung

Zur Begründung der Nichtanwendung des § 13 Abs. 1 KSchG im Rahmen der §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO wird außerdem angeführt, es handele sich hier zwar um außerordentliche Kündigungen. Da diese jedoch nicht fristlos, sondern nur mit gesetzlicher Frist erfolgen könnten, werde das insolvenzrechtliche Kün-

1) Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 626, 18 ff. Anm. 20.

2) So auch Frey, AuR 1955, 343.

dingungsrecht der ordentlichen gesetzlichen Kündigung stark angenähert bzw. stehe ihr praktisch gleich. Dieser Umstand rechtfertige die Ansicht, daß § 13 Abs. 1 S. 1 KSchG der Anwendbarkeit des allgemeinen Kündigungsschutzes im Fall des § 51 Abs. 2 VglO wie auch des § 22 KO nicht entgegenstehe ¹⁾.

Auch diese Ausführungen sind nicht geeignet, den von der hM vertretenen Standpunkt, daß der allgemeine Kündigungsschutz bei vergleichsrechtlicher und konkursrechtlicher Kündigung durch § 13 Abs. 1 S. 1 KSchG nicht ausgeschlossen sei, überzeugend zu begründen. Selbst wenn das Kündigungsrecht gem. §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO praktisch einer ordentlichen Kündigung mit gesetzlicher Frist gleichsteht, so bleibt es dennoch ein außerordentliches Kündigungsrecht. Eine Gleichstellung von außerordentlicher Kündigung mit gesetzlicher Frist und ordentlicher Kündigung mit gesetzlicher Frist läuft in Wahrheit darauf hinaus, nur die Regelungen über das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung als Vorschriften über das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung anzusehen. Hierfür ist jedoch der Nachweis der Richtigkeit ebenfalls noch nicht erbracht worden.

1) Hueck-Hueck, § 1, 62; Maus, § 13, 15; Wichmann, § 5 III, S. 80; Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 63, S. 626; a.A. dies., a.a.O., § 64 XII, S. 673, wonach unter einer außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 13 Abs. 1 KSchG nicht nur die gesetzlich vorgesehene fristlose Kündigung aus wichtigem Grund zu verstehen ist, sondern jede Kündigung, die aus besonderem Grund - und hierzu zählen nach Hueck-Hueck (§ 1, 62) Konkurs und Vergleich - erfolge und nach Gesetz oder Vertrag eine vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeiführe.

Nun trifft es allerdings zu, daß die meisten Fälle der gesetzlich geregelten außerordentlichen Kündigung ein Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung enthalten. Lediglich die §§ 22 KO, 51 VglO verlangen die Einhaltung der gesetzlichen Frist. Ein Recht zur außerordentlichen befristeten Kündigung ist zwar auch noch in § 2 Abs. 3 ArbPlSchG enthalten. Danach kann in Betrieben mit in der Regel nicht mehr als fünf Arbeitnehmern ein lediger Arbeitnehmer wegen Einberufung zum Grundwehrdienst mit einer Frist von zwei Monaten für den Zeitpunkt der Entlassung gekündigt werden, wenn dem Arbeitgeber infolge Einstellung einer Ersatzkraft die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht zugemutet werden kann ¹⁾. Da gem. § 23 Abs. 1, S. 2 KSchG für solche Betriebe jedoch die §§ 1 ff. KSchG ohnehin nicht gelten, kann dieser Fall der außerordentlichen befristeten Kündigung auch im Rahmen des § 13 Abs. 1 KSchG unberücksichtigt bleiben ²⁾.

Damit kommen als Vorschriften über das Recht zur außerordentlichen Kündigung in § 13 Abs. 1 KSchG die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund gem. §§ 626 BGB, 15 II Ziff. 1 BerBiG, 64 ff. SeemG sowie die §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO als außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist in Betracht.

1) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 626, 7.

2) BAG AP Nr. 4 und 9 zu § 11 KSchG, Nr. 2 zu § 21 KSchG.

C. Teleologische Reduktion des § 13 Abs. 1,
S. 1 KSchG

I. Die Voraussetzungen der teleologischen Reduktion

Wenn die hM gem. § 13 Abs. 1 S. 1 KSchG den allgemeinen Kündigungsschutz nur bei einer außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund ausschließen will, so schränkt sie damit den Begriff der außerordentlichen Kündigung, wie er in der Rechtsprache seine spezifische Bedeutung erhalten hat, ein. Das wirft zunächst die Frage auf, wie eine solche Einschränkung in methodisch einwandfreier Weise begründet werden kann.

1. Enge Auslegung und teleologische Reduktion

Will man die außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist von den Vorschriften über das Recht zur außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 13 Abs. 1 KSchG ausschließen, so könnte dies im Wege einschränkender bzw. enger Auslegung des § 13 Abs. 1 KSchG möglich sein. Ohne näher auf die terminologischen Verschiedenheiten einzugehen ¹⁾, soll mit *Larenz* ²⁾ eine Auslegung dann als eng bezeichnet werden, wenn sie sich strikt auf den Vorstellungskern des gesetzlichen Ausdrucks beschränkt, wobei die Auslegung allerdings noch innerhalb des möglichen Sinnbereichs des Ausdrucks liegen muß. Was dagegen jenseits des sprachlich möglichen Wortsinns liegt, kann nicht mehr im Wege der Auslegung als die maßgebliche Bedeutung eines Ausdrucks verstanden werden. Der Wortlaut steckt also die Grenzen der Auslegungstätigkeit ab ³⁾.

1) Dazu Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 100 ff.

2) (Methodenlehre) S. 341 f.

3) Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, S. 42.

Eine Deutung, die nicht mehr im Bereich des möglichen Wortsinns liegt, ist nicht mehr Auslegung, sondern bereits Umdeutung ¹⁾ bzw. ergänzende Rechtsfortbildung ²⁾.

Bei der Auslegung des Begriffs der außerordentlichen Kündigung, wie sie sich aufgrund des präzisen juristischen Sprachgebrauchs ergibt, hat sich gezeigt, daß die Länge der Kündigungsfrist nicht kennzeichnend für eine außerordentliche Kündigung ist; daneben setzt die außerordentliche Kündigung auch nicht begriffsnotwendig einen wichtigen Grund im Sinn von § 626 BGB und den insoweit verwandten Vorschriften voraus. Der Ausdruck "außerordentliche Kündigung" umfaßt vielmehr sowohl die außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund als auch die außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist, wie sie in den §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO geregelt ist. Wenn nun die hM behauptet, unter einer außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 13 Abs. 1 S. 1 KSchG sei nur die außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund und damit nicht die konkurs- und vergleichsrechtliche Kündigung zu verstehen, so bleibt sie hinter der Wortbedeutung "außerordentliche Kündigung" zurück, sie verläßt also den Grenzbereich der Auslegung. Die von der hM geforderte Einschränkung des § 13 Abs. 1 KSchG läßt sich dann nicht mehr mit einer einschränkenden Auslegung des Gesetzes, sondern nur noch durch ergänzende Rechtsfortbildung rechtfertigen.

Ein solches Zurückbleiben hinter dem möglichen Sinn des Wortes "außerordentliche Kündigung" ist in methodisch einwandfreier Weise nur im Wege der teleolo-

1) Larenz (Methodenlehre), S. 309.

2) Jesch, Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgebung contra legem, JZ 1963, 241; vgl. auch als Beispiel die teleologische Reduktion des § 126 HGB bei Schlüter, Die Vertretungsmacht des Gesellschafters und die "Grundlagen der Gesellschaft", S. 63.

gischen Reduktion ¹⁾ möglich. Unter der teleologischen Reduktion eines Gesetzes versteht man die Einschränkung einer Regelung gemäß ihren erkennbaren Zwecken und ihren Grundgedanken ²⁾. Ohne einen entsprechenden Zusatz im Gesetz werden bestimmte Fälle von dieser Vorschrift ausgenommen, die nach der Wortbedeutung von ihr erfaßt werden. Die teleologische Reduktion kann geboten sein entweder durch den Sinn und Zweck der einzuschränkenden Norm selbst, durch den insoweit vorrangigen Zweck einer anderen Norm oder auch durch ein für eine bestimmte Fallgruppe vorrangiges, dem Gesetz immanentes Prinzip ³⁾.

2. Aufgabe der teleologischen Reduktion

Es ist allgemein anerkannt, daß es dem Prinzip der Gewaltenteilung nicht widerspricht, wenn nicht nur die Auslegung, sondern auch die Ergänzung der Gesetze der Rechtspraxis und Rechtswissenschaft zur Aufgabe gemacht werden ⁴⁾. Das Gesetz ist nämlich nicht eine Art Katalog, der im Wege begrifflicher Deduktion auf alle auftauchenden Rechtsfragen eine Antwort bereit hält, sondern es ist meist unvollkommen. Daher ist das Gesetz oft nicht nur mehrdeutig und unklar und daher auslegungsbedürftig, sondern häufig widerspruchsvoll und lückenhaft und deshalb ergänzungsbedürftig ⁵⁾. Die ergänzende Rechtsfort-

1) Gebräuchlich ist auch der Ausdruck "Restriktion", vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 59, S. 344.

2) Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Rdnr. 67, S. 38.

3) Larenz (Methodenlehre), S. 377 f.; siehe dazu auch Schlüter, a.a.O.

4) Enneccerus-Nipperdey, § 58, S. 336 ff.; Larenz (Methodenlehre), S. 350 ff.; Meier-Hayoz, S. 216 ff. Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, S. 31 f.

5) Schlüter, S. 64.

bildung hat die Aufgabe, diese Lücken im Gesetz zu schließen. Sie ist dabei sowohl bei der Frage, ob eine Lücke des Gesetzes vorliegt, als auch bei der Schließung dieser Lücke an den Grundgedanken, an den teleologischen Zusammenhang der gesetzlichen Gesamtregelung gebunden.

3. Begriff und Wesen der Gesetzeslücke

Eine Gesetzeslücke ist zum einen dort gegeben, wo ein einzelner Rechtssatz in der Weise unvollständig ist, daß er ohne eine Ergänzung gar nicht angewendet werden kann. Dieser Fall kann für die weitere Untersuchung ausscheiden, da § 13 Abs. 1 KSchG nicht an einer derartigen Unvollständigkeit leidet, denn die Vorschrift ist auch ohne Ergänzung anwendbar. Von Bedeutung ist hier jedoch die sogenannte Regelungslücke. Darunter versteht man den Fall, daß eine gesetzliche Regelung fehlt, die nach der Grundkonzeption, nach der dem Gesetz immanenten Teleologie zu erwarten gewesen wäre. Die Regelungslücke stellt sich also - von der gesetzlichen Gesamtregelung aus betrachtet - als eine "planwidrige Unvollständigkeit" dar ¹⁾.

Diese Lücken lassen sich in zwei Gruppen aufteilen. Einmal kann das Gesetz eine nach seiner Grundkonzeption zu erwartende positive Anordnung vermissen lassen. Das Gesetz enthält also für den zu beurteilenden Fall keine subsumierbare Norm. Hier spricht man von "offener Lücke" ²⁾ oder "Normlücke" ³⁾, die meist durch Analogie zu schließen ist ⁴⁾. § 13 Abs. 1 KSchG

1) Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 31 ff.; Engisch, S. 138; Larenz (Methodenlehre), S. 358; ders., Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, § 4 II, S. 59 f.

2) Larenz (Methodenlehre), S. 362; Meier-Hayoz, S. 62.

3) Bartholomeyczik, S. 82.

4) Larenz, a.a.O., S. 366 ff.

enthält für die insolvenzrechtlichen Kündigungen gem. §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO keine solche Regelungslücke. Denn diese Arten der Kündigung können unter § 13 Abs. 1 S. 1 KSchG subsumiert werden.

Eine Regelungslücke besteht aber nicht nur, wenn nach Wortlaut und Auslegung eine anwendbare Norm fehlt, sondern auch dann, wenn eine anwendungsfähige Norm zwar vorhanden ist, ihr aber nach dem teleologischen Zusammenhang der Gesamtregelung oder dem insoweit vorrangigen Zweck einer anderen Norm ¹⁾ die Entscheidung eines Falles nicht entnommen werden darf ²⁾. Bei dieser sogenannten verdeckten Regelungslücke ³⁾ unterläßt es das Gesetz bei einer allgemein gehaltenen Norm, für bestimmte Fälle eine Einschränkung hinzuzufügen, die durch die rechtspolitische Zwecksetzung dieser oder auch einer anderen Norm gefordert wird. Das Ausfüllen einer solchen Lücke geschieht durch Hinzufügen der vermißten Einschränkung im Wege der teleologischen Reduktion ⁴⁾.

Nach seiner Wortbedeutung erfaßt § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG auch die Vorschriften über das Recht des Arbeitgebers zur außerordentlichen Kündigung mit gesetzlicher Frist, also die §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO. Will man den Ausschluß des allgemeinen Kündigungsschutzes gem. § 13 Abs. 1 S. 1 KSchG auf die Vorschriften über das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund beschränken, also die §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO hier ausklammern, so müßte sich aus Sinn und Zweck des § 13 Abs. 1 KSchG und dem teleologischen Zusammenhang der Gesamtregelung unter Beachtung der rechtspolitischen Zwecksetzung der §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO ergeben, daß sowohl bei konkursrechtlicher als auch bei vergleichs-

1) Larenz (Methodenlehre), S. 378.

2) Bartholomeyczik, S. 83.

3) Larenz, a.a.O., S. 362; Meier-Hayoz, a.a.O.

4) Larenz, a.a.O.

rechtlicher Kündigung der allgemeine Kündigungsschutz eingreifen soll. Es geht also letztlich darum, Sinn und Zweck des § 13 Abs. 1 KSchG mit dem Rechtsordnungszweck der konkurs- und vergleichsrechtlichen Kündigung abzustimmen und in Einklang zu bringen ¹⁾. Damit ist zunächst die Aufgabe gestellt, die rechtspolitische Zwecksetzung der zu reduzierenden Norm selbst und die der §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO getrennt voneinander näher herauszustellen.

II. Die rechtspolitische Zwecksetzung der §§ 1, 13 KSchG

Will man die rechtspolitische Zwecksetzung des § 13 Abs. 1 KSchG ermitteln, so ist zu berücksichtigen, daß diese Vorschrift nicht isoliert betrachtet werden kann. Sie enthält nämlich eine negative Geltungsanordnung ("werden nicht berührt"), die nur verständlich ist in Verbindung mit einer vorausgegangen positiven Anordnung. Diese positive Geltungsanordnung ergibt sich aus § 1 Abs. 1 KSchG, wonach die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses unwirksam ist, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Als Ausnahmevorschrift zu § 1 Abs. 1 KSchG bringt § 13, Abs. 1, S. 1 KSchG zum Ausdruck, daß die durch § 1 Abs. 1 KSchG angeordnete Rechtsfolge, nämlich die Unwirksamkeit der Kündigung bei Sozialwidrigkeit, im Falle einer außerordentlichen Kündigung nicht eintritt ²⁾, der allgemeine Kündigungsschutz also nur bei einer ordentlichen Kündigung eingreifen soll. Die §§ 1 Abs. 1, 13 Abs. 1, S. 1 KSchG sind damit durch das Schema von Regel und Ausnahme gekennzeichnet. Daraus ergibt sich - will man die rechtspolitische Zwecksetzung der Ausnahmevorschrift herausstellen - die Notwendigkeit, zunächst auf die rechtspolitische Zwecksetzung der Regelvorschrift einzugehen, um so Zweck und Grundgedanke der Gesamtregelung zu erkennen.

1) Bley-Mohrbutter, § 51, 45; Wichmann, § 5 I, S. 76 f.

2) Vgl. zu einschränkenden Rechtssätzen Larenz (Methodenlehre), S. 242.

1. Ratio legis des § 1 KSchG

a. Die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen

Zur Ermittlung der rechtspolitischen Zwecksetzung sind die von der jeweiligen Norm berührten Interessen und die in ihr enthaltenen Rechtswerte und Richtigkeitsgedanken zu berücksichtigen ¹⁾. Die Arbeitgeberkündigung berührt vor allem die Interessen des Arbeitnehmers. Diese sind durch sein Interesse an der Erhaltung des Arbeitsplatzes geprägt. Der Arbeitsplatz ist für den Arbeitnehmer in den meisten Fällen gleichbedeutend mit der Sicherung seiner wirtschaftlichen Existenz ²⁾. Zugleich ist er der Mittelpunkt seines beruflichen Lebens in einer ihm vertrauten Umgebung. Häufig werden persönliche Beziehungen zu einzelnen Kollegen den Arbeitnehmer mit seinem Arbeitsplatz verbinden. Er wird ihn von sich aus nur aufgeben wollen, wenn er eine gleichwertige oder bessere Arbeitsstelle gefunden hat. Durch den Verlust des Arbeitsplatzes wird die wirtschaftliche Sicherheit des Arbeitnehmers und eventuell die seiner Familie unmittelbar bedroht; der Arbeitnehmer läuft Gefahr, arbeitslos zu werden. Selbst wenn er alsbald eine neue Stellung findet, so bedeutet der unfreiwillige Wechsel des Betriebes doch für ihn eine Belastung, die mit der Umstellung auf eine neue Umgebung, andere Kollegen und gelegentlich mit einer anderen Art der Tätigkeit verbunden ist ³⁾. Der Verlust des Arbeitsplatzes bringt dem Arbeitnehmer also materielle wie ideelle Nachteile.

1) Bartholomeyczik, S. 46.

2) So z.B. Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, § 37 I, S. 220.

3) Galperin, RdA 1966, 361; Hueck-Hueck, Einl. I, S. 13; Nikisch, § 51 I, S. 749.

Dagegen liegt es naturgemäß im Interesse des Arbeitgebers, frei darüber entscheiden zu können, wen er in seinen Betrieb einstellt und wen er entläßt. Ihm wird daran gelegen sein, das alleinige Bestimmungsrecht über die Zusammensetzung der Belegschaft zu behalten. Seine Entscheidung, einem Arbeitnehmer zu kündigen, mag dabei auf persönlichen Gründen beruhen oder dadurch bedingt sein, daß der Arbeitnehmer durch einen qualifizierteren Bewerber ersetzt werden soll; sie kann aber auch durch eine rückläufige Konjunkturlage oder durch Rationalisierung notwendig sein. Schließlich kann die Kündigung auch willkürlich erfolgen ¹⁾.

b. Die gesetzliche Wertung der berührten Interessen

Nach den §§ 620 ff. BGB kann das Arbeitsverhältnis von einer der beiden Vertragsparteien unter Einhaltung bestimmter Fristen durch Kündigung beendet werden. Dahinter steht der Gedanke der Kündigungsfreiheit, der den Ideen des wirtschaftlichen Liberalismus entstammt. Wie das Arbeitsverhältnis durch freie Vereinbarungen beider Parteien geschaffen wird, so sollen die Vertragsparteien auch frei darüber bestimmen können, wann das Schuldverhältnis wieder beendet werden soll ²⁾. Diese formale Gleichbehandlung der Vertragsparteien bei der Aufhebung des Vertrages widerstrebt jedoch dann der Gerechtigkeit, wenn eine unterschiedliche wirtschaftliche und soziale Lage der Parteien eine verschiedenartige Ausgestaltung ihrer rechtlichen Befugnisse verlangt ³⁾. Kündigt der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber, so erleidet dieser durch den Weggang des Arbeitnehmers zwar gewisse Unbequemlichkeiten, er wird sich insbesondere meist um einen gleichwertigen Nachfolger bemühen

1) Hueck-Hueck, Einl. I, S. 14.

2) Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 62 I, S. 617.

3) Nikisch, a.a.O.

müssen, die Existenz und das Fortbestehen des Betriebes sowie die eigene wirtschaftliche Sicherheit des Arbeitgebers werden jedoch durch die Kündigung des Arbeitnehmers nicht in Frage gestellt ¹⁾.

Demgegenüber trifft der Verlust des Arbeitsplatzes bei einer Arbeitgeberkündigung den Arbeitnehmer wesentlich härter, da seine wirtschaftliche Existenz durch diesen Verlust bedroht und er außerdem aus der ihm vertrauten Umgebung herausgerissen wird. Der Arbeitnehmer muß also im Verhältnis zum Arbeitgeber regelmäßig als der wirtschaftlich und sozial Schwächere angesehen werden. Diese unterschiedliche Situation von Arbeitgeber und Arbeitnehmer verlangt daher eine verschiedene Ausgestaltung ihrer rechtlichen Befugnisse, die in der Regelung des allgemeinen Kündigungsschutzes zum Ausdruck kommt. Dem Arbeitgeber werden bei der Kündigung gewisse Beschränkungen auferlegt, um so die unterschiedliche Lage von Arbeitnehmer und Arbeitgeber auszugleichen ²⁾.

Grundgedanke des allgemeinen Kündigungsschutzes gem. §§ 1 ff. KSchG ist der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses. Dieser Gedanke spielt auch bei anderen Dauerschuldverhältnissen eine Rolle. So enthält § 564 b BGB die grundlegende Kündigungsschutzvorschrift zugunsten des Wohnraummieteters ³⁾. Daneben hat sich der Bestandsschutz in gesetzlichen Regelungen niedergeschlagen, die die Lösung von Dauerrechtsverhältnissen zum Teil nur durch rechts gestaltende richterliche Entscheidung zulassen ⁴⁾.

1) Galperin, a.a.O.

2) Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 62 II, S. 617; Nikisch, a.a.O.

3) Vgl. dazu Palandt-Putzo, § 564 b, 1.

4) Z.B. §§ 556 a Abs. 3 BGB, 133 HGB; vgl. Söllner, § 36 I, S. 236 f.

Für das Arbeitsverhältnis wird dieser Bestandsschutz dadurch erreicht, daß der Arbeitgeber nicht mehr frei und ohne die Beachtung bestimmter Voraussetzungen kündigen kann ¹⁾. Zwar macht das Gesetz die Kündigung nicht unmittelbar von dem Vorliegen besonderer Kündigungsgründe abhängig, erklärt jedoch eine sozial ungerechtfertigte Kündigung für rechtsunwirksam. Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG dann, wenn sie weder durch Gründe in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers noch durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Aber selbst wenn die Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen erfolgt, ist die Kündigung gem. § 1 Abs. 3 KSchG trotzdem sozial nicht gerechtfertigt, falls der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Im Ergebnis hängt die Wirksamkeit der Kündigung also doch von besonderen Voraussetzungen ab ²⁾, die der Arbeitgeber im Streitfall zu beweisen hat ³⁾. Das bedeutet, daß § 1 KSchG den Arbeitnehmer nicht schlechthin vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes schützen will, der allgemeine Kündigungsschutz bezweckt aber den Schutz des Arbeitnehmers vor einem ungerechtfertigten Verlust seiner Arbeitsstelle ⁴⁾.

Durch den allgemeinen Kündigungsschutz soll also allein das Interesse des Arbeitnehmers, seinen Arbeitsplatz zu behalten, geschützt werden. Das Gesetz will den Bestand des Arbeitsplatzes in den Grenzen des sozial und wirtschaftliche Vertretbaren schützen, wenn der Arbeitnehmer durch die Dauer seiner Zugehörigkeit zum Betrieb ein Recht auf die Arbeitsstelle erworben hat ⁵⁾. Demgegenüber ist das Interesse des

1) Maus, Einl. I, Rdnr. 2.

2) Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 64 I, S. 628.

3) Vgl. Brox, Grundbegriffe des Arbeitsrechts, Rdnr. 100, S. 90.

4) Maus, Einl. I, Rdnr. 1; Nikisch, § 51 I, S. 749.

5) BAG AP Nr. 7 zu § 1 KSchG; vgl. auch Galperin, RdA 1966, 361; Schnorr von Carolsfeld, § 9, S. 341.

Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis frei und ohne besondere Voraussetzungen kündigen zu können, zurückgetreten.

c. Die Entstehungsgeschichte des § 1 KSchG

Betrachtet man ergänzend die Entstehungsgeschichte des § 1 KSchG und die Normvorstellungen des Gesetzgebers, so stellt man allerdings fest, daß ein so weitgehender Schutz dem Arbeitnehmer ursprünglich nicht eingeräumt war. Die Regelung des § 1 KSchG geht zurück auf § 56 Abs. 1 AOG, und § 84 Abs. 1 BRG ¹⁾. Im Laufe der Zeit hat der allgemeine Kündigungsschutz dabei sowohl in seinen Voraussetzungen, als auch in seiner rechtlichen Ausgestaltung einen Wandel erlebt.

Unter den in § 84 Abs. 1 BRG genannten Einspruchsvoraussetzungen hatte der in Ziff. 4 erwähnte Einspruchsgrund schon damals in der Praxis die weitaus größte Bedeutung ²⁾. Dieser Einspruchsgrund bildete gewissermaßen die Generalklausel zur Umschreibung der nicht ausreichend begründeten Kündigung. Der Einspruch des Arbeitnehmers war danach begründet, wenn die Kündigung sich als eine unbillige, nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte darstellte. Heftig umstritten war damals in der Literatur die Frage, wie diese Ziffer 4 zu verstehen sei. Zum Teil wurde die Ansicht vertreten, der Begriff der Unbilligkeit werde durch die nachfolgenden Worte definiert, d.h. die Kündigung sei also dann unbillig hart,

1) Vgl. amtliche Begründung des Kündigungsschutzgesetzes, Drucksache Nr. 2090 des Deutschen Bundestages, 1. Wahlperiode 1949; abgedruckt in RdA 1951, 61.

2) Flatow/Kahn-Freund, § 84 d, S. 451; Mansfeld, Betriebsrätegesetz, § 84 d, S. 432.

wenn sie weder durch die Verhältnisse des Betriebes noch durch das Verhalten des Arbeitnehmers bedingt sei ¹⁾. Andere Autoren ²⁾ gingen davon aus, daß das Einspruchsrecht gem. § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG nur dann gegeben sei, wenn die Kündigung weder durch das Verhalten des Arbeitnehmers noch durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt sei und außerdem die Kündigung unbillig hart sei.

Die Streitfrage wurde durch den Gesetzgeber des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit zugunsten der letzteren Meinung entschieden ³⁾. Nach § 56 AOG konnte der Arbeitnehmer Widerruf der Kündigung verlangen, wenn diese unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt war. Der Hinweis auf das Verhalten des Arbeitnehmers wurde dagegen gestrichen. Damit sollte jedoch nicht versagt werden, daß es darauf nicht mehr ankäme, vielmehr war das Verhalten des Arbeitnehmers bei der Beantwortung der Frage, ob die Kündigung unbillig hart sei, zu berücksichtigen ⁴⁾.

Um feststellen zu können, ob die Kündigung sich im Einzelfall als eine unbillig harte darstellte, mußten das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes und das Interesse des Arbeitgebers an der Entlassung dieses Arbeitnehmers nach wirtschaftlichen und sozialen Gesichtspunkten gegen-

- 1) Flatow/Kahn-Freund, § 84 d, S. 451; Herschel, Zum Begriff der "unbilligen Härte", ArbG 1928, Sp.225.
- 2) Kieschke-Syrup, Betriebsrätegesetz, § 84, 13; Mansfeld, Betriebsrätegesetz, § 84 d, S. 432; Oppermann, Anmerkung zu Beschlüssen des RAG vom 21.3.1928, JW 1928, 1762; zustimmend auch Hueck-Nipperdey-Dietz, § 56, 9.
- 3) Zur Begründung dieser Entscheidung, so berichtet Herschel, Betriebsbezogenheit des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes und ganzheitliche Abwägung, S.160, habe ihm der Redaktor des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit, Mansfeld damals erklärt: "Wir brauchen den elastischen Begriff der unbilligen Härte, damit wir ihn je nachdem mit nationalsozialistischem Inhalt erfüllen können; ein fester Begriff würde uns nur stören."
- 4) LAG Leipzig ARS 34, 57; LAG Magdeburg ARS 22, 57.

einander abgewogen werden ¹⁾. Dabei waren auf der einen Seite die gesamten persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, die Möglichkeit alsbaldiger anderweitiger Beschäftigung und dergleichen zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite galt es, auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitgebers, das Verhalten des Arbeitnehmers, seine Leistungsfähigkeit bei der Prüfung der Unbilligkeit zu beachten ²⁾. Letztlich ging es also darum, alle Umstände des Einzelfalles in Erwägung zu ziehen.

Demgegenüber sind die Voraussetzungen des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 1 KSchG enger gefaßt. Während die §§ 84 ff. BRG bzw. §§ 56 AOG das wirtschaftliche Interesse des Arbeitnehmers als zu schützendes Rechtsgut ansahen, betrachtet der allgemeine Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz ³⁾ den Arbeitsplatz und die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers als geschütztes Rechtsgut ⁴⁾. Gem. § 1 Abs. 2 KSchG ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie weder durch Gründe, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, noch durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Liegen solche Gründe nicht vor, setzt der Schutz des Gesetzes ein, ohne daß noch für eine Abwägung Raum wäre, ob der Verlust des Arbeitsplatzes aus sonstigen, außerhalb des Arbeitsverhältnisses liegenden Gründen den Arbeitnehmer mehr oder weniger hart treffen würde ⁵⁾.

1) Hueck-Nipperdey-Dietz, § 56, 12; Mansfeld, § 84 d, S. 432.

2) Feig-Sitzler, Betriebsrätegesetz, § 84, 8; Hueck-Nipperdey-Dietz, a.a.O., m.w.N.

3) Das Kündigungsschutzgesetz beruht auf dem Kündigungsschutzgesetz des Wirtschaftsrates vom 20.7.1949, sowie dem "Hattenheimer Entwurf" vom 13.1.1950 (siehe dazu Hueck, Das neue Kündigungsschutzgesetz des Wirtschaftsrates, RdA 1949, 331; ders., Der Hattenheimer Entwurf des Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1950, 65).

4) Vgl. Begründung zum Entwurf des Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1951, 61.

5) Begründung zum Entwurf des Kündigungsschutzgesetzes, a.a.O.; Hueck, Das Bundeskündigungsschutzgesetz, RdA 1951, 281.

Die rechtliche Gestaltung des Kündigungsschutzes nach dem Betriebsrätegesetz und dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit wurde durch das Prinzip der Kündigungsfreiheit geprägt. Nach diesen Gesetzen war die sozialwidrige Kündigung rechtswirksam. Auf eine entsprechende Klage des Arbeitnehmers wurde der Arbeitgeber verurteilt, den Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen bzw. die Kündigung zu widerrufen ¹⁾; zugleich wurde der Arbeitgeber zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt für den Fall, daß er die Kündigung nicht widerrufen wollte ²⁾. Der Arbeitgeber hatte demnach die Wahl, ob er den Arbeitnehmer weiterbeschäftigen oder durch Zahlung einer Abfindung sein Ausscheiden erzwingen wollte ³⁾. Deshalb führte dieser Kündigungsschutz in seiner tatsächlichen Wirkung nicht zur Erhaltung des Arbeitsplatzes ⁴⁾.

Dagegen ist die sozialwidrige Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz rechtsunwirksam. Der Gesetzgeber wollte damit eine stärkere Mißbilligung derartiger Kündigungen zum Ausdruck bringen ⁵⁾. Praktisch ist der Unterschied zum Betriebsrätegesetz und zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit allerdings dadurch abgeschwächt, daß die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung innerhalb von drei Wochen geltend gemacht werden muß, da sie sonst als von Anfang an rechtswirksam anzusehen ist.

Zusammenfassend ergibt sich damit auch aus der Entstehungsgeschichte des allgemeinen Kündigungsschutzes, daß der Arbeitnehmer durch § 1 KSchG vor einem

1) Vgl. §§ 87 BRG, 56 Abs. 1 AOG.

2) Vgl. §§ 87 BRG, 57 Abs. 1 AOG.

3) Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 62 IV, S. 621.

4) Müller, Gedanken zu einer Standortbestimmung des Arbeitsrechts, DB 1974, 41.

5) Begründung zum Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes, a.a.O.

ungerechtfertigten Verlust seines Arbeitsplatzes und seiner Zugehörigkeit zum Betrieb geschützt werden soll. Ein solcher Verlust ist nur in den Grenzen des wirtschaftlich und sozial Vertretbaren gerechtfertigt ¹⁾.

2. Ratio legis des § 13 KSchG

Das Kündigungsrecht des Arbeitgebers bedarf nun aber nur dort bestimmter Einschränkungen, wo es nicht bereits anderweitig begrenzt ist ²⁾. Während die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber nach den §§ 620 ff. BGB in dessen Belieben gestellt und lediglich an die Einhaltung bestimmter Fristen gebunden ist, kommt die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber nur dann in Betracht, wenn ein besonderer Kündigungsgrund vorliegt. Hier besteht also nicht die Gefahr, daß das Arbeitsverhältnis durch eine unberechtigte außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers beendet wird. Deshalb ist grundsätzlich keine Veranlassung gegeben, einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis durch begründete außerordentliche Kündigung beendet worden ist, zusätzlich noch den allgemeinen Kündigungsschutz zu gewähren ³⁾. § 13 Abs. 1 KSchG bestimmt daher, daß bei Vorliegen eines gesetzlich anerkannten Kündigungsgrundes die wirksame außerordentliche Kündigung nicht auf Grund des Kündigungsschutzgesetzes bekämpft werden kann. Eine begründete außerordentliche Kündigung ist also nicht sozialwidrig ⁴⁾.

1) Galperin, RdA 1966, 361.

2) Siehe auch Begründung zu § 11 des Entwurfes eines Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1951, 61.

3) Nikisch, § 51 V, S. 768.

4) BAG AP Nr. 10 zu § 66 BetrVG 1952.

a. Rasche Klärung der Rechtslage

Der eigentliche Zweck des § 13 KSchG liegt jedoch darin, Bestimmungen über die Bedeutung sonstiger Mängel einer Kündigung für den Kündigungsschutz zu treffen ¹⁾. Eine Kündigung kann, abgesehen von der Sozialwidrigkeit, aus anderen Gründen rechtsunwirksam, anfechtbar oder schwebend unwirksam sein. Beispiele bieten der Verstoß gegen ein Gesetz ²⁾, Mangel der vereinbarten Schriftform, Willensmängel wie Irrtum, Täuschung ³⁾. Für die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung gem. § 1 KSchG besteht die Besonderheit, daß eine solche Kündigung gem. § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam gilt, wenn die Rechtsunwirksamkeit nicht rechtzeitig geltend gemacht wird. Da das Kündigungsschutzgesetz in den §§ 1 bis 12 nur die Rechtsunwirksamkeit einer sozialwidrigen Kündigung und deren Rechtsfolgen regelt, sind diese Vorschriften auf Kündigungen, die bereits aus anderen Gründen rechtsunwirksam sind, grundsätzlich gem. § 13 Abs. 3 KSchG nicht anzuwenden. Für die außerordentliche Kündigung wird dieser Grundsatz in § 13 Abs. 1 KSchG durchbrochen. Danach kann der Arbeitnehmer die Rechtsunwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung auch nur nach den für die sozialwidrige Kündigung einschlägigen Vorschriften geltend machen, d.h. er ist insbesondere an die Klagefrist von drei Wochen gem. § 4 KSchG gebunden. Sinn und Zweck des § 4 KSchG ist es, die Frage der Wirksamkeit einer Kündigung nicht für längere Zeit in der Schwebe zu lassen, sondern im Interesse beider Vertragsparteien eine alsbaldige Klärung der Rechtslage herbeizuführen ⁴⁾. Ein solches Bedürfnis, die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines Arbeitsverhältnisses rasch zu beantworten, hat das Kündigungsschutzgesetz auch für die

1) Auffahrt-Müller, § 11, 1; Maus, § 13, 1.

2) Z.B. Art. 9 GG.

3) Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 64 XII, S.670.

4) Auffahrt-Müller, § 3, 1.

außerordentliche unwirksame Kündigung anerkannt und sie insofern der sozialwidrigen Kündigung gleichgestellt ¹⁾.

Die Regelung des § 13 Abs. 1, S. 2 KSchG ist darüberhinaus zum Schutz des Arbeitnehmers erforderlich. Denn wenn die außerordentliche Kündigung wegen Fehlens des besonderen Kündigungsgrundes unwirksam ist, so wird es in vielen Fällen möglich sein, sofern der Arbeitsvertrag dies zuläßt, die unwirksame außerordentliche Kündigung umzudeuten in eine ordentliche Kündigung zum nächst zulässigen Kündigungstermin. Bei einer solchen Kündigung würde dann wieder der allgemeine Kündigungsschutz eingreifen. Ohne die Regelung des § 13 Abs. 1, S. 2 KSchG würde der Arbeitnehmer Gefahr laufen, nicht rechtzeitig Schritte zur Bekämpfung dieser ordentlichen Kündigung eingeleitet zu haben. Da er aber nach § 13 Abs. 1, S. 2 KSchG ohnehin gegen die außerordentliche Kündigung binnen drei Wochen Klage erheben muß, kann er dann die Sozialwidrigkeit der in der unwirksam außerordentlichen liegenden ordentlichen Kündigung gem. § 6 KSchG bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz geltend machen ²⁾.

1) Während das Kündigungsschutzgesetz des Wirtschaftsrates die Ausschlußfrist von drei Wochen nur für die Geltendmachung der Sozialwidrigkeit vorsah (vgl. Hueck, RdA 1949, 331), wurde in der Folgezeit gelegentlich gefordert, die Geltendmachung sämtlicher Nichtigkeitsgründe an die kurze Ausschlußfrist des § 4 KSchG zu binden (Hueck-Hueck, § 13, 3). Durch eine solche Regelung wären jedoch nach Ablauf der Frist auch gesetzes- und sittenwidrige Kündigungen, unwirksame Kündigungen wegen Geschäftsunfähigkeit u.ä. wirksam geworden. Diese Konsequenz hat den Gesetzgeber vor einer so weitgehenden Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes bei einer aus anderen Gründen unwirksamen Kündigung zurückschrecken lassen (vgl. Hueck-Hueck, a.a.O.).

2) Hueck-Hueck, § 13, 28.

Grundgedanke des § 13 Abs. 1 KSchG ist also die Gleichstellung der außerordentlichen unwirksamen Kündigung mit der sozialwidrigen Kündigung hinsichtlich des Kündigungsschutzverfahrens, um in kurzer Zeit Klarheit über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung zu gewinnen; zugleich wird der Arbeitnehmer durch diese Regelung davor geschützt, daß er die Sozialwidrigkeit einer in der außerordentlichen unwirksamen Kündigung liegenden ordentlichen Kündigung nicht rechtzeitig geltend macht.

- b. Normvorstellungen des Gesetzgebers zum Begriff der außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 13 Abs. 1 KSchG

Die Entstehungsgeschichte des § 13 Abs. 1 KSchG und damit das Verhältnis von außerordentlicher unberechtigter Kündigung und sozialwidriger ordentlicher Kündigung ist in erster Linie dadurch gekennzeichnet, daß die soziale Mißbilligung einer Kündigung vor Inkrafttreten des Kündigungsschutzgesetzes deren Rechtswirksamkeit voraussetzte, während die unbegründete außerordentliche Kündigung rechtsunwirksam war. Die Kündigungsschutzvorschriften zur Durchführung des Verfahrens nach dem Betriebsrätegesetz und dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit konnten daher bei einer außerordentlichen unwirksamen Kündigung keine Anwendung finden ¹⁾; folglich kam eine dem § 13 Abs. 1, S. 2 KSchG entsprechende Regelung nicht in Betracht.

Von Bedeutung ist die Entstehungsgeschichte des § 13 Abs. 1 KSchG jedoch im Zusammenhang mit der hier zu entscheidenden Frage, ob unter der außerordentlichen Kündigung gem. § 13 Abs. 1 KSchG nur die außerordent-

1) Vgl. auch Begründung zum Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes zu § 11, RdA 1951, 61.

liche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund zu verstehen ist. Denn die Entstehungsgeschichte gibt Auskunft über die konkreten Normvorstellungen der an der Vorbereitung und Abfassung des Gesetzes beteiligten Personen zu dieser Frage.

Während das Betriebsrätegesetz und das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit die außerordentliche Kündigung als "Kündigung, die nach dem Gesetz zur Kündigung des Dienstverhältnisses ohne Einhaltung einer Frist berechtigt" ¹⁾ bzw. als "fristlose Kündigung" ²⁾ bezeichnen, taucht der Begriff der außerordentlichen Kündigung als begriffssystematisch richtiges Gegenstück zur ordentlichen Kündigung im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes erstmals in § 13 Abs. 1 des Kündigungsschutzgesetzes auf. Kennzeichnend für die Entstehung des Kündigungsschutzgesetzes ist aber, daß auch nach den Normvorstellungen der an der Gesetzgebung beteiligten Personen die Begriffe "außerordentliche Kündigung" und "fristlose Kündigung bzw. Entlassung" offenbar Synonyme sind ³⁾. Obwohl schon für § 61 AOG darauf hingewiesen wurde, daß es begrifflich ungenau sei, die außerordentliche Kündigung mit einer fristlosen Kündigung gleichzusetzen, weil einerseits auch die ordentliche Kündigung u.U. fristlos erfolgen kann und weil andererseits die außerordentliche Kündigung im Insolvenzrecht nur mit gesetzlicher Frist ausgesprochen werden kann ⁴⁾, ist diese Ungenauigkeit für das Kündigungsschutzgesetz beibehalten worden.

1) § 84 Abs. 2 BRG.

2) § 61 Abs. 1 AOG.

3) Vgl. auch das Beispiel in § 64 SeemG: Nach Abs. 2 hat der Kapitän die außerordentliche Kündigung in das Schiffstagebuch einzutragen; Abs. 3 bezeichnet diese Kündigung dann als fristlose Kündigung.

4) Hueck-Nipperdey-Dietz, § 61, 1.

Nach § 17 Abs. 2 KSchG wird das Recht zur fristlosen Entlassung durch die Anzeigepflicht bei Massenentlassungen gem. § 17 Abs. 1 KSchG nicht berührt. Fristlose Kündigungen werden bei der Berechnung der Mindestzahl der Entlassungen nicht mitgerechnet. Entsprechend dem Sinn des Gesetzes kann als fristlose Entlassung nur die außerordentliche fristlose Kündigung, nicht dagegen die ordentliche fristlose Kündigung angesehen werden ¹⁾.

Wenn nun die Verfasser des Kündigungsschutzgesetzes die außerordentliche fristlose Kündigung als fristlose Entlassung bezeichnen, so würde die Schlußfolgerung nahe liegen, daß sie dann, wenn sie in § 13 Abs. 1 KSchG eine andere gesetzliche Formulierung gebrauchen, unter dem Ausdruck "außerordentliche Kündigung" auch etwas anderes verstehen ²⁾. Betrachtet man jedoch die amtliche Begründung zu § 13 KSchG ³⁾, so gewinnt man den Eindruck, daß sie im Rahmen des § 13 Abs. 1 KSchG ebenfalls nur die außerordentliche fristlose Kündigung vor Augen gehabt haben. Es heißt dort nämlich:

"Die Vorschriften über das Recht zur außerordentlichen Kündigung werden durch das vorliegende Gesetz nicht berührt. Die Frage also, ob z.B. ein wichtiger Grund zur Lösung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gegeben ist, beurteilt sich weiterhin ausschließlich nach den hierfür in der GewO, im HGB, dem BGB usw. getroffenen Vorschriften."

1) Auffahrt-Müller, § 15, 7; Herschel-Steinmann, § 15, 1; Hueck-Hueck, § 17, 17; Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 66 II, S. 692, FN 5; Maus, § 17, 20 ff.; Nikisch, § 53 II, S. 841; demgegenüber sprach der Hattenheimer Entwurf (abgedruckt in RdA 1950, 63) in § 12 Abs. 5 terminologisch richtig davon, daß das Recht zur außerordentlichen Kündigung in diesem Fall unberührt bleibt.

2) Vgl. zur Behandlung unterschiedlicher gesetzlicher Formulierungen Brox (Allgemeiner Teil), Rdnr. 59, S. 34.

3) Drucksache des Deutschen Bundestages, 1. Wahlperiode 1949, Nr. 2090 zu § 11, der im wesentlichen dem heutigen § 13 KSchG entspricht.

Diese Vorschriften enthalten bzw. enthielten ¹⁾
ausnahmslos ein Recht zur außerordentlichen frist-
losen Kündigung aus wichtigem Grund. Die beispiel-
hafte Aufzählung in der amtlichen Begründung deutet
darauf hin, daß die an der Gesetzgebung beteilig-
ten Personen bei der Behandlung der außerordentlichen
Kündigung in § 13 Abs. 1 KSchG tatsächlich nur die
Regelungen über das Recht zur außerordentlichen frist-
losen Kündigung aus wichtigem Grund in Erwägung ge-
zogen haben.

Dies zeigt auch der inzwischen ersatzlos gestrichene ²⁾
ehemalige § 11 Abs. 2 KSchG, in dem es hieß:

"Eine unwirksame fristlose Kündigung gilt im Zweifel
nicht als Kündigung für den nächsten zulässigen
Kündigungszeitpunkt. Ist sie gleichwohl als Kündi-
gung für den nächsten zulässigen Kündigungszeitpunkt
anzusehen, so sind die Vorschriften der §§ 1 bis 10
anzuwenden."

Betrachtet man den Wortlaut des § 11 Abs. 2 KSchG
1951 im Zusammenhang mit Abs. 1 dieser Vorschrift
bzw. mit dem heutigen § 13 Abs. 1, S. 2 KSchG, wonach
die Rechtsunwirksamkeit einer außerordentlichen Kün-
digung nur nach Maßgabe der §§ 4, S. 1, 5 bis 7 KSchG
geltend gemacht werden kann, so wird deutlich, daß
bei der Verwendung des Begriffs "außerordentliche
Kündigung" offenbar die Vorstellung bestanden hat,
es handele sich dabei immer um eine fristlose Kündi-
gung.

1) Die §§ 70 ff. HGB, 123, 124, 133 b bis d GewO
sind durch Art. 5 des ersten Arbeitsrechtsbereini-
gungsgesetz vom 14.8.1969 (BGBl. I, S. 1106) auf-
gehoben worden.

2) Durch die Neufassung des Kündigungsschutzgesetzes
vom 25.8.1969 (BGBl. I, S. 1317).

Allein aus den konkreten Normvorstellungen der an der Abfassung des Gesetzestextes beteiligten Personen kann jedoch nicht entnommen werden, daß es der rechtspolitischen Zwecksetzung der §§ 1, 13 Abs. 1 KSchG entspricht, den allgemeinen Kündigungsschutz bei einer insolvenzrechtlichen Kündigung nicht auszuschließen. Denn die Verfasser des Gesetzestextes sind weder einzeln, noch in ihrer Gesamtheit der Gesetzgeber ¹⁾. Gesetzgeber ist vielmehr das Parlament bzw. das Parlament und die Vertretung der Länder. Wenn das Parlament ein Gesetz verabschiedet, so billigt es damit die sozialpolitischen Auswirkungen, die Zwecke des Gesetzes, seine gesamte Tendenz. Dagegen werden sich die Parlamentsmitglieder nicht über alle Einzelheiten des Gesetzes Gedanken machen. Als Wille des Gesetzgebers kann man nur die in der Regelungsabsicht beschlossenen oder aus ihr folgenden Zwecke und Grundentscheidungen bezeichnen. An ihnen hat sich die Auslegung und auch die Rechtsfortbildung zu orientieren.

Die konkreten Normvorstellungen der Gesetzesautoren stellen zwar eine wertvolle Hilfe für das Verständnis des Norminhalts dar. Sie sind jedoch keine bindende Richtschnur bei der Feststellung der rechtspolitischen Zwecksetzung eines Gesetzes ²⁾; vielmehr wird man häufig genötigt sein, über die konkreten Normvorstellungen der Gesetzesverfasser hinauszugehen, weil diese Normvorstellungen oft hinter den Anwendungsmöglichkeiten des Gesetzes zurückbleiben ³⁾. Allein nach den Normvorstellungen der Gesetzesverfasser würden die insolvenzrechtlichen Kündigungsvor-

1) Larenz (Methodenlehre), S. 317.

2) Bartholomeyczik, S. 52 f. Enneccerus-Nipperdey, § 55, S. 330.

3) Larenz (Methodenlehre), S. 317, 334.

schriften zwar nicht unter § 13 Abs. 1 KSchG fallen; der allgemeine Kündigungsschutz würde damit in diesen Fällen eingreifen. Es bleibt jedoch zu prüfen, ob sich ein solches Ergebnis auch auf Grund der rechtspolitischen Zwecksetzung der §§ 1, 13 KSchG in Abstimmung mit der ratio legis der §§ 22 Ko, 51 Abs. 2 VglO rechtfertigen läßt.

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich für die rechtspolitische Zwecksetzung der §§ 1, 13 KSchG folgendes feststellen: § 1 KSchG erkennt den Arbeitsplatz und die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers als geschütztes Rechtsgut an und will den Arbeitnehmer vor einem Verlust dieses Arbeitsplatzes schützen. Das Gesetz läßt nur noch die sozial gerechtfertigte Kündigung zu und sichert dem Arbeitnehmer damit den Arbeitsplatz in den Grenzen des sozial und wirtschaftlich Vertretbaren. Das freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers ist dagegen zurückgedrängt.

Ein solcher Schutz ist jedoch dort nicht notwendig, wo der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ohnehin nur bei Vorliegen eines besonderen Kündigungsgrundes beenden kann. § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG bestimmt daher, daß bei einer außerordentlichen gerechtfertigten Kündigung der allgemeine Kündigungsschutz nicht eingreift. Eigentlicher Zweck des § 13 Abs. 1 KSchG ist jedoch die Gleichstellung von einer außerordentlichen unwirksamen Kündigung und einer sozialwidrigen Kündigung hinsichtlich des Verfahrens, um in kurzer Zeit Klarheit über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung zu gewinnen.

III. Die rechtspolitische Zwecksetzung des § 22 KO

Will man die rechtspolitische Zwecksetzung des § 22 KO ermitteln, so ist zunächst zu berücksichtigen, daß es sich bei dieser Vorschrift um einen Teil der Gesamtregelung über die Abwicklung gegenseitiger Verträge in Konkurs gem. §§ 17 ff. KO handelt. Sinn und Zweck des § 22 KO können daher nur verständlich werden, wenn man zugleich Klarheit über den teleologischen Zusammenhang der Gesamtregelung gewinnt.

1. Ratio legis der Ablehnungsbefugnis gem. § 17 KO

Ausgangspunkt des Konkursrechts ist der wirtschaftliche Zusammenbruch des Schuldners, d.h. im Regelfall seine Zahlungsunfähigkeit ¹⁾. Betroffen durch den Zusammenbruch sind in erster Linie die Konkursgläubiger, die mit einer vollen Befriedigung ihrer Forderungen nicht mehr rechnen können. Das Konkursverfahren verfolgt das Ziel, die Gläubiger zu einer Schicksals- und Verlustgemeinschaft zusammenzufassen ²⁾ und durch eine Verwertung des gesamten Schuldnervermögens für eine gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger zu sorgen ³⁾. Dieser Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung ist das Kernstück des Konkursrechts. Um eine gleichmäßige Befriedigung zu gewährleisten, ist die gesamte Aufgabe der Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse in die Hand des Konkursverwalters gelegt, der für eine wirtschaftlich günstige Durchführung des Verfahrens im Interesse der Konkursgläubiger verantwortlich ist ⁴⁾. Def einzelne

1) Bei juristischen Personen ist auch die Überschuldung Konkursgrund; vgl. z.B. §§ 207 Abs. 1, 209 Abs. 1 KO, 63 Abs. 1 GmbHG.

2) Jaeger-Lent, Konkursordnung, Einl. III, S. L.

3) Jaeger-Lent, a.a.O.; Lent-Jauernig, § 38 I, S. 135; Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, § 52 I, S. 250.

4) Lent-Jauernig, a.a.O.; Maeder, S. 28.

Konkursgläubiger hat grundsätzlich keinen Anspruch mehr auf volle Befriedigung seiner Forderung; er muß sich vielmehr mit der Verteilungsquote begnügen. Etwas anderes gilt jedoch für gegenseitige Verträge, die der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung abgeschlossen hat und die noch von keiner Seite vollständig erfüllt worden sind. In diesen Fällen könnte der Konkursverwalter die Rechte des Gemeinschuldners voll für die Konkursmasse in Anspruch nehmen, während der Vertragspartner sich mit der Beteiligung am Konkurs als einfacher Konkursgläubiger begnügen müßte. Um ein solches für den Vertragspartner unzumutbares Ergebnis ¹⁾ zu verhindern, gewährt ihm § 17 Abs. 1 KO den Anspruch auf die volle Gegenleistung, wenn der Konkursverwalter sich für die Erfüllung des Vertrages entscheidet; die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners wird dann Masseschuld ²⁾. Insofern nähert sich die Behandlung dieser Verträge in der Wirkung dem Schutze jedes Vertragsteils durch die Einrede des nichterfüllten Vertrages ³⁾.

Zugleich eröffnet § 17 Abs. 1 KO dem Konkursverwalter aber auch die Möglichkeit ("kann"), die Vertragserfüllung abzulehnen mit der Folge, daß die wechselseitigen Erfüllungsansprüche für die Zukunft erlöschen ⁴⁾. Dieses Wahlrecht des Konkursverwalters dient dazu, schwebende Verträge in einer dem Konkurszweck entsprechenden Weise aus- oder umzubilden ⁵⁾. Konkurs-

1) RGZ 84, 234; 142, 299; Mentzel-Kuhn, Kommentar zur Konkursordnung, § 17, 19.

2) §§ 59 Nr. 2, 60 KO.

3) Jaeger-Lent, § 17, 3; Lent-Jauernig, § 48 II, S. 165; Mentzel-Kuhn, § 17, 19; Schönke-Baur, § 55 III, S. 271; siehe auch Begründung des Entwurfes einer Konkursordnung, 2. Legislatur-Periode, II. Session 1874, Nr. 200, S. 66, 67.

4) Jaeger-Lent, § 17, 4; Mentzel-Kuhn, § 17, 36.

5) Jaeger-Lent, § 17, 30.

zweck ist die möglichst günstige gleichmäßige Befriedigung der Konkursgläubiger durch eine wirtschaftlich sinnvolle Verwertung. Dieser Zweck könnte vereitelt werden, wollte man den Konkursverwalter zur Erfüllung sämtlicher noch nicht erfüllten Verträge zwingen. Denn die Konkursmasse würde dann zum Nachteil der Gläubiger in vielen Fällen belastet, in denen die Vertragserfüllung andererseits wirtschaftlich unvertretbar ist, weil das Unternehmen des Gemeinschuldners liquidiert wird ¹⁾. Da das Wahlrecht des Konkursverwalters gem. § 17 KO dem Konkurszweck dienen soll, müssen bei der Entscheidung, ob der Vertrag erfüllt werden soll oder ob die Erfüllung abgelehnt werden soll, allein die Interessen der Konkursmasse bzw. der Konkursgläubiger den Ausschlag geben ²⁾. Und diese Gläubigerinteressen sind naturgemäß durch das Interesse an einer möglichst hohen Befriedigung geprägt.

2. Besonderheit bei Dauerschuldverhältnissen

Das Ablehnungsrecht des Konkursverwalters, wie es sich aus § 17 KO ergibt, ist in den §§ 19 ff. KO für Miet-, Pacht- und Dienstverträge modifiziert worden. Anders als bei Austauschverträgen, bei denen das Schuldverhältnis Zug um Zug erledigt werden kann, begründen diese Verträge ein auf Dauer angelegtes Schuldverhältnis, aufgrund dessen die Beteiligten nicht einmalige Leistungen erbringen sollen, sondern Leistungen, die während eines Zeitraumes fortgesetzt oder wiederholt werden sollen ³⁾. Solche Dauerschuldverhältnisse sind entweder auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen und enden daher regelmäßig durch Zeitablauf bzw. durch Kündigung unter Einhaltung einer Frist.

1) So auch Maeder, S. 17; Schönke-Baur, a.a.O..

2) RGZ 142, 299.

3) Larenz (Allgemeiner Teil), § 12 I, S. 155.

Im Konkurs besteht ebenso wie bei den Austauschverträgen auch bei den Dauerschuldverhältnissen ein Bedürfnis, im Interesse der Konkursmasse langfristige Verträge bzw. Verträge mit längeren Kündigungsfristen, vor allem, wenn sie über das Ende der beabsichtigten Liquidation hinausreichen würden, nicht zu erfüllen. Wenn weder Bedarf für Räumlichkeiten noch für Arbeitskräfte besteht, wird die Konkursmasse durch entsprechende Verträge nur unnötig belastet. Insbesondere die befristeten Verträge könnten hier einen Großteil der Konkursmasse aufzehren, wenn sie bis zu ihrem vertraglichen Ende ausgehalten werden müßten ¹⁾. Bei unbefristeten Verträgen wird dagegen nicht so häufig ein Bedürfnis bestehen, die weitere Vertragserfüllung abzulehnen, da diese Verträge auch in der Weise eingehalten werden können, daß sie durch eine vertragsgemäße Kündigung beendet werden ²⁾.

Die Ablehnung der Vertragserfüllung gem. § 17 KO würde nun bei Dauerschuldverhältnissen allerdings praktisch einer fristlosen Kündigung gleichkommen ³⁾. Eine solche Lösung kann weder dem Interesse der Vertragsparteien noch der Konkursgläubiger gerecht werden ⁴⁾. Ist der Gemeinschuldner Mieter oder Pächter, so würde er selbst und mit ihm sein Unternehmen durch eine Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters von heute auf morgen auf die Straße gesetzt; eine geordnete Liquidation wäre dann nicht mehr möglich. Ist

1) Die Gesetzesautoren scheinen diese Art von Dauerschuldverhältnissen bei der Regelung der Abwicklung von Miet-, Pacht- und Dienstverhältnissen im Konkurs in erster Linie vor Augen gehabt zu haben, wenn es in der Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung, a.a.O., heißt, diesen Dauerschuldverhältnissen sei eigen, daß der Endtermin bereits feststehe.

2) Wichmann, § 2 I, S. 51.

3) Wichmann, § 2 I, S. 47.

4) Jaeger-Lent, § 22, 14.

der Gemeinschuldner Dienstberechtigter, so würde der Vertragspartner durch eine solche Erfüllungsablehnung besonders hart getroffen, ihm würde sein Arbeitsplatz und damit seine wirtschaftliche Grundlage von einem auf den anderen Tag entzogen. Andererseits wäre es auch für die Abwicklung des Schuldnerbetriebes von Nachteil, wenn die Arbeitnehmer sofort den Betrieb verlassen würden. Die Erfüllungsablehnung wird also nicht den Bedürfnissen, die für die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen bestehen, gerecht ¹⁾.

An die Stelle der Ablehnungsbefugnis ist daher in den §§ 19, 22 KO ein Recht des Konkursverwalters mit gesetzlicher Frist getreten. Wenn der Konkursverwalter nicht am Vertrag festhalten will, so wird das Dauerschuldverhältnis durch die Kündigung nicht sofort, sondern erst nach Ablauf der Frist beendet, die dem Vertragspartner Gelegenheit gibt, sich rechtzeitig auf das Ende des Vertragsverhältnisses einzustellen ²⁾.

3. Zusammenfassung

Sinn und Zweck der vorzeitigen Kündigung gem.

§ 22 KO ist es, bei schwebenden gegenseitigen Verträgen, deren Erfüllung die Konkursmasse unnötig belasten würde, die wechselseitigen Erfüllungsansprüche für die Zukunft zum Erlöschen zu bringen. Das Konkursverfahren bezweckt eine bestmögliche Befriedigung der Konkursgläubiger. Um dieses Ziel nicht zu gefährden, wird es dem Konkursverwalter ermöglicht, im Interesse der Konkursmasse und insofern im

1) Franke, Das Kündigungsrecht des Konkursverwalters nach § 22 KO und das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, S. 11; Jaeger-Lent, § 19, 1.

2) Siehe dazu Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 56 VII, S. 556.

Interesse der Konkursgläubiger ¹⁾ nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten die Erfüllung solcher Verträge, die eine bestmögliche Verwertung des Schuldnervermögens erschweren würden, abzulehnen. Demgegenüber bleibt das Interesse des Vertragspartners an der Erfüllung des Vertrages bei voller Gegenleistung in diesem Zusammenhang unberücksichtigt ²⁾. Für den Arbeitnehmer bedeutet das, daß nicht nur seine vertraglichen Interessen, sondern darüberhinaus sein weitergehendes Interesse an der Erhaltung des Arbeitsplatzes bei einer vorzeitigen Kündigung gem. § 22 KO keine Beachtung finden.

IV. Die rechtspolitische Zwecksetzung des § 51 Abs. 2 VglO

Die Ermittlung der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 22, KO ist nicht nur für das Erkennen von Sinn und Zweck dieser Vorschrift selbst von Bedeutung. Gleichzeitig hilft sie auch bei der Feststellung der rechtspolitischen Zwecksetzung von § 51 Abs. 2 VglO, geht doch diese Regelung - wie bereits erwähnt ³⁾ - letztlich auf das in § 22 KO normierte Kündigungsrecht des Konkursverwalters zurück.

1. Interessenschutz des Vergleichsschuldners und seiner Gläubiger

Die ratio legis des § 51 Abs. 2 VglO wird verständlich, wenn man sich das Ziel des gerichtlichen Vergleichsverfahren vor Augen hält. Dieses bezweckt - ebenso wie das Konkursverfahren - eine gleichmäßige

1) Vgl. § 3 Abs. 1 KO.

2) RGZ 11, 51; 17, 85; 142, 299; Böhle-Stammschräder, Konkursordnung, § 17, 4 a; Jaeger-Lent, § 17, 55 b; Mentzel-Kuhn, § 17, 20.

3) Siehe oben Seite 23.

Befriedigung aller Gläubiger des zahlungsunfähigen Schuldners ¹⁾. Anders als der Konkurs hat das gerichtliche Vergleichsverfahren jedoch nicht eine möglichst günstige Gläubigerbefriedigung auf Kosten der wirtschaftlichen Vernichtung des Schuldners zum Ziel gesetzt; vielmehr soll dem insolventen Schuldner, der noch das Vertrauen seiner Gläubiger besitzt ²⁾, über eine wirtschaftliche Notlage hinweggeholfen werden; ihm soll die Erhaltung und Sanierung seines Betriebes ermöglicht werden. Dieses Ziel wird durch den Abschluß eines Vergleichs zwischen Schuldner und Gläubiger, also durch eine Herabsetzung der Schuldnerverbindlichkeiten, erreicht ³⁾.

Um den Vergleich zustande zu bringen, kommt es für den Vergleichsschuldner darauf an, die gem. § 74 VglO erforderliche Stimmen- und Summenmehrheit für seinen Vergleichsvorschlag ⁴⁾ zu gewinnen. Das wird ihm gelingen, wenn die Vergleichsgläubiger davon überzeugt werden können, daß aufgrund der Vermögenslage des Schuldners und der wirtschaftlichen Situation seines Betriebes die Aussicht besteht, die Krise zu überwinden und den Vergleich zu erfüllen. Dann werden die Vergleichsgläubiger regelmäßig dem Vergleichsvorschlag zustimmen, da andernfalls die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Vergleichsschuldners droht, was normalerweise einen noch größeren Verlust für die Gläubiger mit sich bringen würde ⁵⁾.

1) Vgl. § 8 VglO; dazu auch Mohrbutter-Haarman, S. 87.

2) Siehe Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, Nr. 2340 der Drucksachen des Reichstages, III. Wahlperiode 1924/26, S. 15.

3) Böhle-Stammschröder (VglO) Einl. IV, S. 7; Lent-Jauernig, § 63 I, S. 199.

4) Zum Inhalt siehe § 7 VglO.

5) Lent-Jauernig, § 64 V, S. 201; Schönke-Baur, § 68 I, S. 355.

Um seine finanzielle Situation so zu verbessern, daß er in der Lage ist, die gebotenen Vergleichsquoten aufbringen zu können, ist der zahlungsunfähige Schuldner gezwungen, umgehend geeignete Maßnahmen zu ergreifen. Als solche Maßnahmen zur Kosteneinsparung und zum Abbau der finanziellen Verpflichtungen kommen dabei vor allem Rationalisierung der Arbeit, Stilllegung einzelner unproduktiv arbeitender Betriebszweige, Drosselung der Produktion zur Anpassung an die Auftragslage und sonstige Betriebs-einschränkungen in Betracht ¹⁾. Der Schuldner wird ganz einfach "den Gürtel enger schnallen" müssen. Aber nicht nur Einschränkungen, sondern auch andere unternehmerische Maßnahmen wie Änderung des Produkts und personelle Veränderungen werden notwendig sein, um den Betrieb wieder aus der Talsohle herauszuführen.

Die betrieblichen Einschränkungen und Veränderungen werden es u.a. mit sich bringen, daß im Betrieb des Vergleichsschuldners Arbeitsplätze verloren gehen. Dem wirtschaftlich bedrängten Arbeitgeber würde das Vergleichsverfahren wenig helfen können, wenn er gezwungen wäre, die für den Fortbestand des Unternehmens unrentablen Arbeitsverhältnisse aufrechterhalten zu müssen. Dadurch würde der Gesundungsprozeß des Unternehmens nur erschwert oder sogar verhindert ²⁾. Die aufgrund solcher Arbeitsverhältnisse zu leistenden Lohnzahlungen würden den Schuldenberg des Vergleichsschuldners weiter anwachsen lassen, ohne daß in seinem Vermögen realisierbare Gegenwerte geschaffen würden ³⁾. Nun bleibt es dem Vergleichsschuldner un-

1) Merkel, Die Ablehnung der Vertragserfüllung im Vergleichsverfahren, KuT 1931, 179.

2) Maeder, S. 17; Mayer, § 28, 1.

3) Bley, KuT 1929, 1; Cahn (VglO), § 28, S. 192; Merkel, a.a.O.

benommen, Arbeitsverhältnisse, soweit sie unbefristet sind, durch eine ordentliche Kündigung zu beenden. Dennoch besteht auch in diesen Fällen - ebenso wie bei einem befristeten Arbeitsverhältnis - die Gefahr, daß die vertraglichen Kündigungsfristen weit über den Zeitraum hinausreichen, in dem der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer noch eine sinnvolle Verwendung finden kann. Der Arbeitgeber wäre gezwungen, unproduktive Lohnaufwendungen zu erbringen, obwohl er auf der anderen Seite gehalten ist, seine Kosten auf das unbedingt Notwendige zu beschränken.

Um dem Vergleichsschuldner hier von der Bindung an solche Verträge, die für den Sanierungsprozeß hinderlich sind, zu befreien, wird ihm - ähnlich wie dem Konkursverwalter gem. § 22 KO - die Möglichkeit eingeräumt, diese Arbeitsverhältnisse gem. § 51 Abs. 2 VglO vorzeitig mit gesetzlicher Frist zu kündigen ¹⁾. Die vergleichsrechtliche Kündigung dient damit dem Zweck des Vergleichsverfahrens, dem Arbeitgeber die Sanierung seines Betriebes zu ermöglichen. Im Vordergrund der durch diese Vorschrift geschützten Interessen steht also das Interesse des Vergleichsschuldners an der Erhaltung seiner wirtschaftlichen Existenz. Die Verhinderung einer unnötigen Belastung des Schuldnervermögens liegt jedoch auch im Interesse der Vergleichsgläubiger ²⁾. Zum einen kann sie sich positiv auf die Höhe der Vergleichsquote auswirken; außerdem ist die Sicherstellung der Erfüllbarkeit des Vergleichs umso größer, je geringer die finanziellen Verpflichtungen des Vergleichsschuldners sind.

1) Bley-Mohrbutter, § 51, 1.

2) Cahn (VglO), § 28, S. 192.

2. Interessenschutz des Arbeitnehmers durch die gerichtliche Ermächtigung?

Diesen Interessen des Vergleichsschuldners und der Vergleichsgläubiger steht das Interesse des Arbeitnehmers an dem Bestand seines Arbeitsverhältnisses, zumindest aber an der Einhaltung des Vertrages gegenüber. Fraglich ist, ob auch diese Interessen - anders als im Rahmen des § 22 KO - bei einer vergleichsrechtlichen Kündigung Berücksichtigung finden. Ein solcher Interessenschutz könnte durch die der Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO vorgeschaltete Ermächtigung ¹⁾ gewährleistet sein.

a. Zweck der Ermächtigung

Die Einführung einer gerichtlichen Ermächtigung erklärt sich daraus, daß im Gegensatz zum Konkurs dem Vergleichsschuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nicht entzogen worden ist. Der Grund für diese von § 6 KO abweichende Regelung ist die durch das Vergleichsverfahren bezweckte Sanierung des Schuldnerbetriebes. Wenn der Betrieb erhalten und weitergeführt werden soll, so muß er unter der Leitung einer Person stehen, die in dem betreffenden Geschäftszweig die erforderliche Sachkunde besitzt. Diese Sachkunde hat der Konkursverwalter normalerweise nicht ²⁾. Eine qualifizierte Unternehmensleitung,

1) Stritzke, Vergleichsordnung und Arbeitsrecht, KuT 1927, 147 geht davon aus, die vorzeitige Kündigung verlange keine Ermächtigung des Vergleichsgerichts. Nach § 51 Abs. 2 VglO tritt jedoch lediglich das Recht zur vorzeitigen Kündigung an die Stelle der Ablehnungsbefugnis gem. § 50 Abs. 1 VglO; im übrigen aber findet § 50 VglO in vollem Umfang Anwendung (Nagel, § 10, S. 73).

2) Vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, Nr. 2340 der Drucksachen des Deutschen Reichstages, III. Wahlperiode, 1924/26, S. 23.

die an die Stelle des Vergleichsschuldners für die Dauer des Verfahrens treten könnte, wird sich wegen der Kürze des Verfahrens ¹⁾ schwerlich finden lassen. Deshalb hat die Vergleichsordnung die Verwaltungs- und Verfügungsmacht in den Händen des Vergleichsschuldners belassen; ihm steht also auch die Ablehnungsbefugnis bzw. die vorzeitige Kündigung zu.

Das Recht des Vergleichsschuldners zur vorzeitigen Vertragsabwicklung birgt nun die Gefahr von Mißbräuchen bzw. unsachgemäßen Entscheidungen in sich ²⁾. Im Konkursverfahren ist die Entscheidung über die Erfüllung oder Nichterfüllung schwebender Verträge dem Ermessen des Konkursverwalters anheim gestellt. Der Konkursverwalter wird durch das Gericht ernannt ³⁾ und steht unter seiner Aufsicht ⁴⁾, außerdem ist er den Beteiligten gem. § 82 KO verantwortlich ⁵⁾. Damit ist die Gewähr gegeben, daß bei der Entscheidung des Konkursverwalters allein Gründe eine Rolle spielen, die durch den Konkurszweck bzw. durch die Interessen der Konkursmasse bedingt sind ⁶⁾.

Dagegen erscheint es im Vergleichsverfahren durchaus denkbar, daß der Vergleichsschuldner als Vertragspartner sich bei seiner Entscheidung, die Vertragserfüllung abzulehnen bzw. vorzeitig zu kündigen, von vergleichsfremden Erwägungen leiten läßt. So könnte er z.B. das Vergleichsverfahren dazu benutzen, sich aus persönlichen Gründen von einem langfristigen Dienstvertrag zu lösen, ohne daß dazu aus sachlichen

1) Gem. § 20 Abs. 2 VglO ist der Vergleichstermin bereits spätestens einen Monat nach Eröffnung des Verfahrens anzuberaumen.

2) Maeder, S. 25.

3) § 78 Abs. 1 KO.

4) § 83 KO.

5) Siehe dazu Mentzel-Kuhn, § 82, 3.

6) RGZ 142, 296; Maeder, S. 25.

Gründen, die mit der Sanierung des Betriebs zusammenhängen, ein Bedürfnis besteht. Um solchen Mißbräuchen vorzubeugen, ist die Erfüllungsablehnung bzw. die vorzeitige Kündigung an eine vorherige Ermächtigung des Vergleichsgerichts geknüpft ¹⁾.

b. Die Erteilungsvoraussetzungen

aa. Vergleichsgefährdung

Die vorzeitige Vertragsabwicklung dient dem Ziel des Vergleichsverfahrens, das schuldnnerische Unternehmen zu erhalten und zu sanieren. Deshalb hat das Vergleichsgericht bei seiner Entscheidung in erster Linie darauf zu achten, daß die Ermächtigung nur dann erteilt wird, wenn die vorzeitige Kündigung zum Erreichen dieses Ziels geboten erscheint ²⁾. Insoweit hat das Gericht dieselben Erwägungen anzustellen wie der Konkursverwalter bei einer konkursrechtlichen Kündigung gem. § 22 KO. Auch durch diese letztgenannte Regelung soll der Zweck des Verfahrens - hier die bestmögliche Befriedigung der Konkursgläubiger - gefördert werden.

Im Unterschied zu einer konkursrechtlichen Kündigung reicht es für die Ermächtigungserteilung jedoch nicht aus, daß die vorzeitige Kündigung für die Sanierung des schuldnnerischen Unternehmens lediglich zweckmäßig und förderlich wäre.

1) Kiesow, § 28, 26; Mayer, § 28, 10.

2) So noch wörtlich § 9 der Verordnung über die Geschäftsaufsicht, wonach die Ermächtigung erteilt werden sollte, wenn die Nichterfüllung des Vertrages zum Erreichen des Zweckes der Geschäftsaufsicht geboten war.

Der Vergleichsschuldner soll vielmehr gem. § 50 Abs. 2, S. 5 VglO erst dann ermächtigt werden, wenn das Festhalten am Vertrag das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs gefährden würde ¹⁾. Eine solche Vergleichsgefährdung entsteht, wenn die finanzielle Belastung aufgrund des für den Fortbestand des Unternehmens wirtschaftlich nachteiligen Vertrages so hoch ist, daß die gem. § 74 VglO erforderliche Mehrheit dem Vergleichsvorschlag möglicherweise nicht zustimmt oder die Durchführbarkeit des Vergleichs in Frage gestellt ist.

Ein Beispiel mag diese Erteilungsvoraussetzung verdeutlichen: Vergleichsschuldner V, über dessen Vermögen im April 1977 das Verfahren eröffnet worden ist, muß für die Erfüllbarkeit seines Vergleichsvorschlages einen Betrag von insgesamt 300.000,-- DM aufbringen. Wegen Überproduktion in einer Abteilung möchte er dort den A, dem er vertragsgemäß erst zum 30. Sept. 1977 kündigen könnte, vorzeitig zum 31. Mai 1977 ²⁾ entlassen. Bei einem Monatsgehalt des A von 2000,-- DM würde V in diesem Fall Lohnaufwendungen in Höhe von 8000,-- DM einsparen, was für die Sanierung des Betriebes nur förderlich wäre. Dennoch wird eine solche einzelne finanzielle Verpflichtung nicht den Vergleich gefährden können. Denn dieser im Verhältnis zur Größe der auszufüllenden Summe geringfügige Betrag wird allein die Sanierung des Betriebes und die Auszahlung der Vergleichsquote nicht in Frage stellen können ³⁾.

1) A.A. Maeder, a.a.O., FN 3, der davon ausgeht, daß das Erreichen des Zwecks der Geschäftsaufsicht und die Vergleichsgefährdung inhaltlich dasselbe bedeuten.

2) Zu den gesetzlichen Kündigungsfristen vgl. § 622 BGB.

3) Merkel, KuT 1931, 179.

Erfordern die Sanierungsmaßnahmen des V jedoch daneben die vorzeitige Kündigung von weiteren 19 Arbeitnehmern derselben Lohngruppe wegen Stilllegung einzelner Betriebszweige, so würde das Festhalten am Arbeitsvertrag des A in der Summe mit den anderen 19 Verträgen zu einer erheblichen Vergleichsgefährdung führen, denn hier würden auf V unproduktive Lohnkosten in Höhe von 160.000,- DM zukommen, also bereits über 50 % der Vergleichsquote.

Bei der Frage, ob das Festhalten am Vertrag zu einer Vergleichsgefährdung führen würde, hat das Vergleichsgericht damit zunächst unter Berücksichtigung der Sanierungsmaßnahmen des Vergleichsschuldners zu prüfen, ob die Vertragserfüllung den Arbeitgeber finanziell weiter belasten würde, ohne daß die Gegenleistung des Vertragspartners für den Arbeitgeber einen gleichwertigen Inhalt hat ¹⁾. Ist das der Fall, so kann man trotzdem von einer Vergleichsgefährdung erst dann sprechen, wenn entweder bereits allein durch das Festhalten an dem einen Vertrag oder aber zusammen mit mehreren, ebenfalls unrentablen Verträgen das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs in Frage gestellt ist ²⁾.

1) Vgl. den Muster-Antrag auf Erteilung der Ermächtigung zur vorzeitigen Kündigung von Miet- und Pachtverträgen bei Mohrbutter-Haarmann, S. 352, in dem es nicht heißt, daß durch die Vertragserfüllung das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs gefährdet würde, sondern in dem lediglich erklärt wird, daß "die Gegenstände bzw. Räume für den Geschäftsbetrieb nicht mehr benötigt werden."

2) Bley-Mohrbutter, § 50, 19.

bb. Kein unverhältnismäßiger Schaden für den Arbeitnehmer

Ist das Vergleichsgericht zu dem Ergebnis gekommen, daß das Festhalten am Vertrag den Vergleich gefährden würde, so soll die Ermächtigung trotzdem nur dann erteilt werden, wenn die vorzeitige Kündigung dem Arbeitnehmer keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt. Damit hat das Gericht zunächst zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer durch die vorzeitige Kündigung ein Schaden entsteht. Ein solcher Schaden ist durch einen Vergleich der Vermögenslage des Arbeitnehmers, wie sie bestehen würde, wenn der Arbeitgeber am Vertrag festhalten würde, mit der Vermögenslage bei vorzeitiger Kündigung zu ermitteln ¹⁾.

Bei Arbeitsverhältnissen auf unbestimmte Zeit ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, daß für die Schadensfeststellung ein Vergleich der Vermögenslage des Arbeitnehmers bei vorzeitiger und bei vertrags-gemäßer Kündigung anzustellen ist; denn durch die letztere Kündigung würde der Arbeitgeber den Vertrag einhalten ²⁾. Nun wird allerdings häufig zum Zeitpunkt der Ermächtigungsentscheidung die endgültige, genaue Höhe des Schadens, der durch die vorzeitige Kündigung eintreten wird, noch gar nicht feststehen. Denn diese Schadenshöhe hängt insbesondere davon ab, wann der zu kündigende Arbeitnehmer eine neue Tätigkeit findet und ob er bei dieser neuen Arbeit Einkommensverluste hinnehmen muß. Darüberhinaus kann bei befristeten Arbeitsverhältnissen dem Arbeitnehmer in der Zukunft ein Schaden durch die vorzeitige Kündigung entstehen, wenn er eine neue Arbeitsstelle noch innerhalb der ursprünglich mit dem Vergleichsschuldner vereinbarten Vertragsdauer wieder verliert. In diesen Fällen wird man dem Vergleichsgericht das Recht einräumen müssen, von der mut-

1) RGZ 91, 33; Bley-Mohrbutter, § 52, 11.

2) Wichmann, § 3 II, S. 63.

maßlichen Höhe des Schadens auszugehen, wie es in § 97 Abs. 1 VglO für die Behandlung bestrittener und teilweise gedeckter Forderungen vorgesehen ist ¹⁾. Der so ermittelte Schaden ist dann um den Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gem. § 52 Abs. 1 VglO in Höhe der gebotenen Vergleichsquote zu reduzieren ²⁾.

Dieser Schaden darf den Arbeitnehmer, dem vorzeitig gekündigt werden soll, nicht unverhältnismäßig treffen. Damit ist die Frage aufgeworfen, in welchem Verhältnis der Schaden des Arbeitnehmers gesehen werden muß. *Kiesow* ³⁾ will diese Frage allein mit einem Vergleich der Vermögenslage des Arbeitnehmers bei Erfüllung und bei vorzeitiger Kündigung des Vertrages beantworten. Nach seiner Ansicht muß der Arbeitnehmer sogar einen hohen Schaden hinnehmen; erst wenn dieser Vergleich sehr erheblich zum Nachteil des Arbeitnehmers ausfalle, sei die Ermächtigung zu versagen. Abgesehen davon, daß es nicht möglich sein wird, zwischen einem "hohen" und einem "sehr erheblichen" Schaden zu unterscheiden, würde man mit *Kiesow* jedoch lediglich die Höhe des Schadens feststellen können, ohne ihn aber in eine Relation zu setzen.

Der Schaden des Arbeitnehmers ist vielmehr im Verhältnis zu dem Schaden zu sehen, der dem Arbeitgeber durch die Erfüllung des Vertrages erwachsen würde ⁴⁾.

1) Die Entscheidungen des Vergleichsgerichts über einen Schadensersatzanspruch gem. § 52 VglO sind ohnehin nur vorläufiger Natur. Endgültig ist über das Bestehen und die Höhe der Forderung im ordentlichen Rechtsweg (*Bley-Mohrbutter*, § 52, 8) bzw. bei der vorzeitigen Kündigung von Arbeitsverhältnissen durch das Arbeitsgericht zu entscheiden (BAG 10, 310; BAG KTS 1968, 176).

2) *Bley-Mohrbutter*, § 50, 19; *Wichmann*, § 3 II, S. 64.

3) § 28, 28 a; ihm folgend *Wichmann*, a.a.O.

4) *Maeder*, S. 28; *Mayer*, § 28, 23; *Merkel*, KuT 1931, 179.

Die Erteilungsvoraussetzung des unverhältnismäßigen Schadens war bereits in § 9 der Verordnung über die Geschäftsaufsicht enthalten; allerdings sprach man dort noch von einem „unverhältnismäßigen Nachteil“. Dieser Begriff wiederum geht zurück auf § 1 der Verordnung über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen ¹⁾. Danach war dem Schuldner eine Zahlungsfrist durch das Gericht nur dann zu gewähren, wenn diese dem Gläubiger keinen unverhältnismäßigen Nachteil brachte. Zwar sollte durch beide Gesetze in erster Linie der Schuldner geschützt werden, der Gesetzgeber hat jedoch berücksichtigt, daß durch das Ausbleiben der vertraglichen Leistung zugleich auch der Gläubiger betroffen ist. Grundsätzlich sind beide Vertragsparteien gleichermaßen schutzwürdig. Das Recht zur vorzeitigen Kündigung ist bereits eine Begünstigung des Vergleichsschuldners ²⁾. Um nun bei einer solchen Begünstigung auch den Belangen des anderen Teils gerecht zu werden, wird durch das Erfordernis, daß den Vertragspartner kein unverhältnismäßiger Schaden treffen soll, ein Interessenausgleich zwischen dem Interesse des Schuldners an der vorzeitigen Kündigung und dem Interesse des Vertragspartners an der Einhaltung des Vertrages ermöglicht ³⁾.

Ein unverhältnismäßiger Schaden würde den Arbeitnehmer dann treffen, wenn der ihm durch die vorzeitige Kündigung drohende Schaden im Verhältnis zum Schaden des Arbeitgebers im Falle einer Vertragserfüllung überwiegen würde ⁴⁾. Um eine entsprechende

1) RGBl. S. 359; vgl. Cahn (VglO), § 28, S. 193; Maeder, a.a.O.

2) Cahn (VglO), § 28, S. 191.

3) Maeder, a.a.O.; Wichmann, § 3 II, S. 63. Bovensiepen, Die Kriegsnotgesetze, DRZ 1914, 774 meint dazu: "Es soll so entschieden werden, daß sich Gläubiger und Schuldner nach der Entscheidung noch der nächste bleiben."

4) Cahn (VglO), § 28, S. 193; Mayer, a.a.O.; Merkel, a.a.O.

Feststellung treffen zu können, bedarf es einer Untersuchung der Vermögensverhältnisse und der wirtschaftlichen Situation beider Vertragsparteien. Besonders zu berücksichtigen ist der Umstand, daß der Vertragspartner häufig selbst wieder Schuldner ist und daher auf den Eingang von Geldleistungen angewiesen sein kann ¹⁾. Das Gericht muß das Für und Wider der Erfüllung bzw. der vorzeitigen Kündigung gegeneinander abwägen, um so entscheiden zu können, wer durch die eine oder andere Maßnahme mehr geschädigt wird ²⁾.

Fragt man nach dem Schaden, der dem Vergleichsschuldner im Falle der Vertragserfüllung entstehen würde, so ist zunächst zu betonen, daß es sich hier nicht um einen Schaden im rechtlichen Sinn handelt. In der Rechtsordnung geht es um den Schaden, für den ein anderer dem Geschädigten nach Rechtsgrundsätzen verantwortlich sein kann, um einen "rechtlich ersatzfähigen Schaden" ³⁾. Dem Vergleichsschuldner entsteht durch das Festhalten am Vertrag insofern ein Schaden, als die vertragliche Gegenleistung in keiner Relation mehr zu den gemachten Aufwendungen steht ⁴⁾. Ein solcher Schaden löst jedoch keine Ersatzpflicht aus; daher wird man ihn als einen Schaden im natürlichen Sinn ⁵⁾ oder wie in § 9 der Verordnung über die Geschäftsaufsicht ganz allgemein als einen Nachteil, der sich aus einem Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung ergibt, ansehen müssen ⁶⁾. Im oben gebildeten Beispielsfall würde sich das Festhalten am Arbeitsvertrag des A in Höhe von 8000,-- DM zum Nachteil des V auswirken.

1) Bovensiepen, a.a.O.; Güthe, Die Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 4.8.1914 und der Bekanntmachung des Bundesrates vom 7. und 18.8.1914 in ihrer praktischen Anwendung, Gruch 59, 56.

2) Cahn, a.a.O.; Güthe, a.a.O.

3) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, § 27 II, S. 347.

4) Merkel, a.a.O.

5) Larenz, a.a.O., S. 346.

6) So schon Cahn, a.a.O. für den Begriff des unverhältnismäßigen Schadens in § 28 VglO 1927.

Dem Arbeitnehmer entsteht dagegen im Fall der vorzeitigen Kündigung ein ersatzfähiger Schaden. Wenn im Beispielsfall A während der Monate Juni bis September erwerbslos bleibt, so entsteht ihm ein Schaden in Höhe von 8000,-- DM. Der Schaden des A und der Nachteil des S im Fall der Vertragserfüllung halten sich hier zunächst die Waage; von einer überwiegenden Schädigung des A kann daher noch nicht die Rede sein. Tatsächlich wird der Schaden des A im Vergleich zum Nachteil des S insoweit sogar geringer sein, da A den ihm entstandenen Schaden in Höhe der Vergleichsquote ersetzt bekommt.

Das Vergleichsgericht darf jedoch im Rahmen der Abwägung der Interessen von Arbeitgeber an der vorzeitigen Kündigung und von Arbeitnehmer an der Einhaltung des Vertrages nicht dabei stehen bleiben, die jeweils entstehenden unmittelbaren Schäden einander gegenüberzustellen. Wegen des Schadensersatzanspruches nach § 52 VglO würde ein solcher Vergleich immer zugunsten des Arbeitgebers ausfallen. Es ist vielmehr aufgrund der wirtschaftlichen Situation beider Vertragsparteien zu untersuchen, welche weiteren Auswirkungen die eine oder andere Entscheidung haben würde. Der Entscheidungsspielraum des Vergleichsgerichts wird dabei durch einen zu erwartenden wirtschaftlichen Ruin des einen oder anderen Vertragspartners abgesteckt ¹⁾. Wenn durch die vorzeitige Kündigung die Existenz des Arbeitnehmers trotz Ausschüttung der Schadensersatzquote vernichtet wird, so kann für eine Ermächtigung kein Raum sein. In diesem Fall wird der Arbeitgeber notfalls durch geringfügige Herabsetzung der Vergleichsquote den Vertrag aushalten müssen ²⁾. Denn der Vergleichsschuldner soll nicht auf Kosten eines Vertragspartners die übrigen Gläubiger besser befriedigen können ³⁾.

1) Merkel, KuT 1931, 179.

2) Maeder, S. 28.

3) Bley-Mohrbutter, § 50, 19.

Wird dagegen umgekehrt der Arbeitgeber durch eine Vertragserfüllung so weit benachteiligt, daß er wegen Ablehnung des Vergleichs in Konkurs geraten wird, so ist die Ermächtigung zu erteilen.

Diese beiden Extremfälle stecken den Ermessensspielraum des Vergleichsgerichts für die Entscheidung ab, ob die Last der vorzeitigen Vertragsabwicklung dem Arbeitnehmer aufgebürdet werden kann oder nicht. Etwaige Ansprüche des Arbeitnehmers auf Arbeitslosengeld wird man im Rahmen dieser Abwägung allerdings - ähnlich wie bei einer Schadensberechnung ¹⁾ - ausklammern müssen. Wenn A im Beispielsfall vermögenslos ist und fünf unterhaltspflichtige Kinder hat, so besteht bei einer schlechten Arbeitsmarktlage trotz der Auszahlung einer Schadensersatzquote von beispielsweise 40 % die Gefahr, daß er und seine Familie in wirtschaftliche Not geraten. A würde dann durch die vorzeitige Kündigung unverhältnismäßig geschädigt. Letztlich lassen sich aber für die Frage, wann die vorzeitige Kündigung dem Arbeitnehmer einen unverhältnismäßigen Schaden bringt, keine allgemein gültigen Regeln aufstellen; allein die Umstände des Einzelfalles werden den Ausschlag geben müssen ²⁾.

Diese Erteilungsvoraussetzung für die gerichtliche Ermächtigung zeigt, daß im Rahmen der vorzeitigen Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO - anders als in § 22 KO ³⁾ - auch die Interessen des Arbeitnehmers an der Einhaltung des Vertrages, allerdings nicht an der Erhaltung des Arbeitsplatzes, Berücksichtigung finden ⁴⁾.

1) Vgl. zu nicht anzurechnenden Leistungen Dritter bei der Vorteilsausgleichung Larenz (Schuldrecht), § 30 II, S. 419 f.

2) Kiesow, § 28, 26 a; Maeder, S. 28; Wichmann, § 3 II, S. 63.

3) Cahn (Geschäftsaufsicht), § 9, S. 107.

4) Cahn (VglO), § 28, S. 193; Mayer, § 28, 23.

c. Rechtliches Gehör

Um eine dem § 50 Abs. 2, S. 5 VglO entsprechende Entscheidung treffen zu können, hat das Vergleichsgericht gem. § 50 Abs. 2, S. 3 den Vergleichsverwalter ¹⁾ und den Arbeitnehmer zu hören. Die Anhörung ist nicht etwa in das pflichtgemäße Ermessen des Vergleichsgerichts gestellt, sie soll nicht nur erfolgen, sondern sie hat zu erfolgen ²⁾.

Die in § 50 Abs. 2, S. 3 VglO vorgeschriebene Anhörung kann allerdings unterbleiben, wenn sie un-
tunlich ist ³⁾. Damit entsteht die Frage, wann eine solche Anhörung untunlich ist. Der Begriff der Untunlichkeit läßt sich schwerlich definieren, sondern lediglich umschreiben. Eine solche Umschreibung wird man in Anlehnung an § 2200 Abs. 2 BGB finden können ⁴⁾. Nach dieser Vorschrift soll das Nachlaßgericht vor der Ernennung des Testamentsvollstreckers die Beteiligten dann nicht hören, wenn die Anhörung nur mit erheblicher Verzögerung und unverhältnismäßigen Kosten geschehen kann. Ähnlich wird man auch hier die Anhörung generell dann als untunlich ansehen müssen, wenn sie mit unverhältnismäßigen Kosten zu Lasten der Vergleichsquote oder mit erheblicher Verzögerung verbunden ist. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, daß der Termin zur Verhandlung über den Vergleichsvorschlag gem. § 20 Abs. 2 VglO bereits innerhalb eines Monats nach Eröffnung des Verfahrens anzuberaumen ist. Bis zu diesem Zeitpunkt muß der Schuldner seinem Arbeitnehmer gekündigt haben ⁵⁾.

1) Die Aufgaben des Vergleichsverwalters ergeben sich aus § 39 VglO. Danach hat er die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu prüfen und die Geschäftsführung sowie die Ausgaben für die Lebensführung des Schuldners und seiner Familie zu überwachen.

2) Vgl. Bley-Mohrbutter, § 50, 18.

3) § 50 Abs. 2, S. 4 VglO.

4) So Wichmann, § 3 II, S. 62.

5) § 50 Abs. 3 VglO.

Das aber bedeutet gleichzeitig, daß auch das Ermächtigungsverfahren innerhalb dieser Zeit durchgeführt werden muß. Ist die Anhörung nicht rechtzeitig möglich, so wird sie gem. § 50 Abs. 2, S. 4 VglO wegen Untunlichkeit unterbleiben können.

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich für die rechtspolitische Zwecksetzung des § 51 Abs. 2 VglO feststellen, daß es Ziel dieser Vorschrift ist, langfristige Verträge oder solche mit längeren Kündigungsfristen, die das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs und damit letztlich die wirtschaftliche Gesundheit des Schuldnerbetriebes gefährden würden, vorzeitig beenden zu können. In erster Linie dient das vorzeitige Kündigungsrecht damit entsprechend dem Zweck des Vergleichsverfahrens den Interessen des Vergleichsschuldners und der Vergleichsgläubiger. Anders als bei einer konkursrechtlichen Kündigung gem. § 22 KO sollen jedoch auch die Interessen des Vertragspartners an der Einhaltung des Vertrages in ausreichendem Maße Berücksichtigung finden, so daß die vorzeitige Kündigung also erst nach einer Abwägung dieser gegensätzlichen Interessen erfolgen kann. Um einen zweckfremden Gebrauch des vorzeitigen Kündigungsrechts durch den Vergleichsschuldner zu verhindern, ist die Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO an die vorherige Ermächtigung des Vergleichsgerichts geknüpft.

V. Die teleologische Reduktion des § 13 Abs. 1,
S. 1 KSchG

Nachdem nunmehr die rechtspolitische Zwecksetzung der §§ 1, 13 KSchG einerseits sowie die der §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO andererseits ermittelt worden sind, wird man eine Antwort auf die Frage finden können, ob die von der hM ¹⁾ geforderte Einschränkung, daß der allgemeine Kündigungsschutz im Falle einer konkurs- und vergleichsrechtlichen Kündigung entgegen seinem Wortlaut nicht durch § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG ausgeschlossen ist, mit einer teleologischen Reduktion dieser Vorschrift gerechtfertigt werden kann. Das ist dann der Fall, wenn nach Sinn und Zweck der einzuschränkenden Norm in Abstimmung mit der rechtspolitischen Zwecksetzung der insolvenzrechtlichen Vorschriften ²⁾ der allgemeine Kündigungsschutz in diesen Fällen eingreift.

Die Rechtfertigung der teleologischen Reduktion ergibt sich aus dem Gebot der Gerechtigkeit, Ungleiches ungleich zu behandeln ³⁾. Es stellt sich damit für § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG die Frage, ob die gesetzlich geregelten Fälle der außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund einerseits und die außerordentlichen Kündigungen gem. §§ 22 KO, 51 Abs. 2 VglO andererseits im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes eine unterschiedliche Behandlung verdienen.

1) Siehe oben Seite 25 ff.

2) So auch Bley-Mohrbuter, § 51, 45; Wichmann, § 5 I, S. 76 f.

3) Larenz (Methodenlehre), S. 378.

1. Der allgemeine Kündigungsschutz bei einer Kündigung
gem. § 51 Abs. 2 VglO
- a. Nach der ratio legis der §§ 1, 13 KSchG
- aa. Abweichungen von der außerordentlichen Kündigung
aus wichtigem Grund

Die rechtspolitische Zwecksetzung des § 13 Abs. 1 KSchG liegt darin, die Frage der Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nicht für längere Zeit in der Schwebe zu lassen ¹⁾. Die Vorschrift will zu einer baldigen Klärung der Frage beitragen, ob die außerordentliche Kündigung materiell gerechtfertigt ist oder nicht.

In den Fällen der außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund wird es - bedingt durch die Interessengegensätze der Vertragsparteien - häufig umstritten sein, ob im Einzelfall die vorliegenden Tatsachen dazu ausreichen, daß die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden kann. Dieser Streit wird meist erst nach einer sorgfältigen Abwägung der Interessen des Arbeitgebers an der sofortigen Entfernung des Beschäftigten von der Arbeitsstelle und der Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes entschieden werden können. Wegen der Meinungsverschiedenheiten und der damit verbundenen Ungewißheit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist hier eine baldige Klärung der Frage, ob das Arbeitsverhältnis fortbesteht oder wirksam beendet worden ist, sinnvoll und notwendig.

1) Vgl. Auffahrt-Müller, § 3, 1; siehe auch oben Seite 46.

Die Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO verlangt als besonderen Kündigungsgrund allein die Eröffnung des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers. Zwar stoßen auch bei der vergleichsrechtlichen Kündigung die Interessen der Vertragsparteien aufeinander, sie werden sich jedoch nicht an der Frage reiben, ob der besondere Kündigungsgrund für diese Kündigung gegeben ist. Ein solcher Kündigungsgrund kann vielmehr zwischen den Vertragsparteien gar nicht umstritten sein. Das Vergleichsverfahren ist entweder eröffnet oder es ist nicht eröffnet; insoweit bedarf die materielle Berechtigung der vergleichsrechtlichen Kündigung gar keiner arbeitsgerichtlichen Überprüfung. Eine Entscheidung über die Frage aber, ob das Vergleichsverfahren zu Recht eröffnet worden ist, kann der Arbeitnehmer ohnehin nicht herbeiführen, da die Entscheidung des Vergleichsgerichts gem. § 121 VglO unanfechtbar ist.

Der mit § 13 Abs. 1 KSchG verfolgte Zweck, eine rasche Klärung über die materielle Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung herbeizuführen, wird bei einer Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO verfehlt, da eine solche Rechtsfrage in diesem Fall an das Arbeitsgericht nicht herangetragen wird. Allein nach der ratio legis des § 13 Abs. 1 KSchG erscheint daher ein Ausschluß der vergleichsrechtlichen Kündigung von den Vorschriften über das Recht zur außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 13 Abs. 1 KSchG gerechtfertigt. Das würde dazu führen, daß der allgemeine Kündigungsschutz bei einer vergleichsrechtlichen Kündigung eingreift.

Zu prüfen bleibt jedoch, ob sich auch auf Grund des teleologischen Zusammenhangs der Gesamtregelung, d.h. hier also auch auf Grund der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 1 KSchG eine unterschiedliche Behandlung der außerordentlichen Kündigung gem.

§ 51 Abs. 2 VglO gegenüber den gesetzlich geregelten Fällen der außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gerechtfertigt ist.

Den gesetzlichen geregelten Fällen einer außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund ist gemeinsam, daß sie nur dann wirksam sind, wenn sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles nach sorgfältiger Interessenabwägung ergibt, daß die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden kann. Damit werden bei Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen eines wichtigen Grundes die Interessen des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses bzw. an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes in ausreichendem Maße berücksichtigt ¹⁾. Eine solche Interessenabwägung findet auch im Rahmen der Feststellung statt, ob eine Kündigung gem. § 1 Abs. 2 und 3 KSchG sozial gerechtfertigt ist ²⁾. Im Unterschied zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund verlangt die sozial gerechtfertigte Kündigung jedoch nicht, daß die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden kann ³⁾. Das Kündigungsschutzgesetz will nur verhüten, daß dem Arbeitnehmer der Arbeitsplatz ohne ausreichenden Grund genommen wird. Einen solchen Grund bildet jeder Umstand, "der einen verständig urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung bestimmen kann" ⁴⁾. Es genügen solche Umstände, die nach Abwägung der gegenseitigen Interessen die Kündigung als billigenswert und angemessen erscheinen lassen ⁵⁾. Das Kündigungsschutzgesetz knüpft die

1) Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 626, 18 ff. m.w.N.

2) BAG in ständiger Rechtsprechung z.B. in AP Nr. 5,6, 21, 23 zu § 1 KSchG; Galperin, RdA 1966, 361.

3) So aber LAG Mannheim BB 1952, 576.

4) Molitor, Die sozialwidrige Kündigung in der Rechtsprechung, BB 1953, 34; Nikisch, Zweifelsfragen aus dem Kündigungsschutzrecht, DB 1953, 647.

5) BAG AP Nr. 5 zu § 1 KSchG.

Wirksamkeit einer Kündigung also an weniger strenge Voraussetzungen als die außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund. Wenn nun im Rahmen einer Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer bereits festgestellt ist, daß die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden kann und die außerordentliche Kündigung deshalb zu Recht erfolgt ist, so wäre es widersprüchlich, wollte man ihr bei der Beurteilung nach weniger strengen Maßstäben die Wirksamkeit wieder absprechen. Eine wirksame außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund kann nicht gleichzeitig sozialwidrig sein. Der allgemeine Kündigungsschutz ist daher in diesen Fällen ausgeschlossen ¹⁾.

Die vergleichsrechtliche Kündigung stützt sich im Unterschied zur außerordentlichen fristlosen Kündigung auf einen Kündigungsgrund, der die Interessen des einzelnen Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes unberücksichtigt läßt ²⁾. Im Rahmen dieser Kündigung kommt es bei der Frage der materiellen Berechtigung nicht zu einer Interessenabwägung der Vertragsparteien für den Einzelfall. Vielmehr gilt für alle gem. § 51 Abs. 2 VglO erklärten Kündigungen derselbe Kündigungsgrund, nämlich die Eröffnung des Verfahrens. Die Arbeitnehmerinteressen finden hier also keine Beachtung. Insoweit besteht bei einer vergleichsrechtlichen Kündigung - anders als bei einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund - ein Bedürfnis, dem Arbeitnehmer den allgemeinen Kündigungsschutz nicht zu nehmen.

1) BAG AP Nr. 10 zu § 66 BetrVG 1952; Hueck-Hueck, § 1, 61; § 13, 8.

2) Siehe oben Seite 68 ff.

- bb. Ausschluß des allgemeinen Kündigungsschutzes durch die vergleichsgerichtliche Ermächtigung?

Ein Ausschluß des allgemeinen Kündigungsschutzes bei einer Kündigung gem. § 51 Abs. 2 Vglo und damit eine Gleichbehandlung von vergleichsrechtlicher Kündigung und außerordentlicher Kündigung aus wichtigem Grund könnte jedoch im Zusammenhang mit der einer vorzeitigen Kündigung vorgeschalteten Ermächtigung gerechtfertigt sein, wenn nämlich nach erteilter Ermächtigung für einen Schutz des Arbeitnehmers, wie er durch § 1 KSchG bezweckt ist, kein Bedürfnis mehr besteht. Ein solcher Ausschluß könnte begründet sein, wenn das Vergleichsgericht bei seiner Ermächtigungserteilung eine dem § 1 Abs. 2 und 3 KSchG entsprechende Entscheidung treffen würde ¹⁾. Es ist also die Aufgabe gestellt, die Entscheidungsmaßstäbe des Vergleichsgerichts den Gesichtspunkten, die der Arbeitgeber (das ist der Arbeitgeber, den das Bundesarbeitsgericht in zahlreichen Entscheidungen als den "vernünftigen und verständigen Arbeitgeber" apostrophiert hat ²⁾) bzw. das Arbeitsgericht gem. § 1 Abs. 2 und 3 KSchG zu berücksichtigen hat, gegenüberzustellen.

- (1) Die betriebsbedingte Kündigung

Wenn das Vergleichsgericht zu dem Ergebnis kommt, daß die Vertragserfüllung den Vergleich gefährden würde und die vorzeitige Kündigung dem Arbeitnehmer keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt, so kann in der dann erteilten Ermächtigung zugleich die Feststellung liegen, daß die nachfolgende Arbeitgeberkündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse sozial gerechtfertigt ist.

1) So Bley-Mohrbutter, § 51, 46; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 626, 78; Wichmann, § 5 III, S. 84.
2) Z.B. BAG AP Nr. 5 zu § 1 KSchG.

Die soziale Rechtfertigung einer Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse verlangt, daß die Kündigung durch betriebliche Gründe bedingt ist. Der Kündigungsschutz ist auf den Betrieb, nicht auf das Unternehmen abgestellt ¹⁾. Während als Betrieb die organisatorische Einheit angesehen wird, innerhalb derer der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer mit Hilfe technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgen, wird das Unternehmen bestimmt durch die organisatorische Einheit des entfernteren wirtschaftlichen Zweckes, dem der Unternehmer als Inhaber des oder der Betriebe des Unternehmens nachgeht ²⁾. Als Kündigungsgründe kommen nur solche betrieblichen Erfordernisse in Betracht, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers gerade in diesem Betrieb entgegenstehen. Umgekehrt besagt die Beschränkung auf den Beschäftigungsbetrieb aber auch, daß stets die Verhältnisse im gesamten Betrieb zu berücksichtigen sind ³⁾.

Welche Gründe im einzelnen zu einer betriebsbezogenen Kündigung führen können, sagt das Gesetz nicht. Es enthält lediglich eine wertausfüllungsbedürftige Generalklausel, die an Hand einzelner Fallgruppen näher zu erläutern ist ⁴⁾. Im Vergleichsverfahren des Arbeitgebers spielen dabei vor allem die Betriebseinschränkung und die Betriebsrationalisierung eine entscheidende Rolle ⁵⁾. Eine Betriebseinschränkung besteht darin, daß eine Teilstillegung des Betriebes erfolgt. Zu unterscheiden ist in diesem Zusammenhang einmal die horizontale Teilstillegung.

1) Hueck-Hueck, § 1, 102; Maus, § 1, 185.

2) Auffahrt-Müller, § 1, 199; vgl. zur begrifflichen Unterscheidung von Betrieb und Unternehmen auch Nikisch, § 18, S. 148.

3) Monjau, Die betriebsbezogene Kündigung, BB 1967, 1211.

4) Auffahrt-Müller, § 1 195; Hörnig, Die betriebsbedingte Kündigung, RdA 1955, 132.

5) Siehe oben Seite 61.

Darunter versteht man die Stilllegung einer Betriebsabteilung ¹⁾. Bei der vertikalen Teilstillegung werden dagegen die vorhandenen Betriebsanlagen schwächer ausgenutzt ²⁾. Die Notwendigkeit zu einer Betriebseinschränkung ergibt sich aus betriebswirtschaftlichen Gründen.

Im Vergleichsverfahren des Arbeitgebers stehen naturgemäß seine finanziellen Schwierigkeiten im Vordergrund; diese wiederum können durch Absatzschwierigkeiten, Umsatz-, Kredit- oder Auftragsmangel hervorgerufen worden sein. Die genannten Gründe sind als solche aber keine unmittelbaren betrieblichen Vorgänge; sie kommen deshalb als betriebsbedingte Kündigungsgründe nicht in Betracht. Sie sind jedoch für die Frage, ob eine Kündigung betriebsbedingt ist, bedeutsam, wenn sie sich betrieblich auswirken, d.h. zu konkreten organisatorischen Maßnahmen in Form von Betriebseinschränkungen führen ³⁾.

Daneben können diese Gründe auch insofern auf die betrieblichen Verhältnisse Einfluß nehmen, als der Arbeitgeber wegen der angespannten wirtschaftlichen Lage zu Rationalisierungsmaßnahmen gezwungen wird. Eine solche Rationalisierung wird durch technische ⁴⁾ oder auch organisatorische Maßnahmen herbeigeführt ⁵⁾. Diese Maßnahmen werden regelmäßig ebenso wie die Betriebseinschränkungen dazu führen, daß Arbeitsplätze frei werden oder daß einzelne Arbeitnehmer nicht mehr ausreichend beschäftigt werden können. Eine daraufhin ausgesprochene Kündigung ist durch betriebliche Erfordernisse bedingt, d.h. es besteht dann ein kausaler Zusammenhang zwischen den betrieblichen Verhältnissen und der Kündigung ⁶⁾.

1) Hueck-Nipperdey-Dietz, § 14, 27.

2) Auffahrt-Müller, § 1, 217; Hörnig, a.a.O.

3) Maus, § 1, 186.

4) Dazu als Beispiel BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung.

5) Auffahrt-Müller, § 1, 203.

6) Kunkel, Kündigungsauswahl in der Praxis, BB 1952, 379.

Es reicht nun aber nicht aus, daß betriebliche Erfordernisse die Kündigung bedingen; vielmehr verlangt das Kündigungsschutzgesetz, daß dringende betriebliche Erfordernisse der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen müssen, wenn eine Kündigung sozial gerechtfertigt sein soll. Dies bedeutet eine Verschärfung der Anforderungen gegenüber dem allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Betriebsrätegesetz und dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, der lediglich verlangte, daß die Kündigung durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt sein mußte ¹⁾. Andererseits ist diese Voraussetzung der Dringlichkeit eine Abschwächung gegenüber dem Vorläufer des Kündigungsschutzgesetzes, dem "Hattenheimer Entwurf" ²⁾. Dieser bestimmte, daß eine Kündigung dann sozial ungerechtfertigt sei, wenn sie nicht durch zwingende betriebliche Erfordernisse bedingt sei; der Entwurf verlangte also Gründe, die die Kündigung zwangsläufig unabwendbar machten. Durch die Einführung des Wortes "dringend" hat das Kündigungsschutzgesetz praktisch einen Mittelweg zwischen den Anforderungen nach dem Betriebsrätegesetz und dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit einerseits und dem "Hattenheimer Entwurf" andererseits eingeschlagen ³⁾.

Mit *Monjau* ⁴⁾ wird man unter dringenden Gründen allgemein solche Gründe verstehen können, "die gewichtig genug sind, bei vernünftiger Überlegung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses trotz des naturgemäßen Interesses des Arbeitnehmers an der Erhaltung des Arbeitsplatzes erforderlich zu machen." Hinter

1) Auffahrt-Müller, § 1, 195; Monjau, BB 1967, 1211.

2) Wortlaut abgedruckt in RdA 1950, 63.

3) Monjau a.a.O.

4) A.a.O.

dem Erfordernis der Dringlichkeit der betrieblichen Gründe steht der Gedanke, daß der Arbeitgeber bei auftretenden betrieblichen Schwierigkeiten nicht den Weg des geringsten Widerstandes, d.h. der Kündigung gehen soll ¹⁾, sondern daß er zunächst zu versuchen hat, diese für den Arbeitnehmer schwerwiegende Maßnahme durch andere weniger einschneidende Mittel abzuwenden ²⁾. Als solche kommen vor allem Arbeitsstreckung, d.h. Einführung von Kurzarbeit ³⁾, Beschäftigung des Arbeitnehmers an einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb, Werkbeurlaubung ⁴⁾ sowie der Abbau von Überstunden ⁵⁾ in Betracht ⁶⁾. Das Kündigungsschutzgesetz verpflichtet den Arbeitgeber also, trotz betrieblicher Gründe nicht zur Kündigung zu greifen, wenn die Überwindung der Krise auf andere Weise möglich ist ⁷⁾. Damit gelangt man bei der Kündigung aus betrieblichen Gründen zu einer auch vom Bundesarbeitsgericht immer wieder geforderten ⁸⁾ Abwägung der Interessen des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses und der des Arbeitnehmers an der Erhaltung des Arbeitsplatzes ⁹⁾. Das auf der Seite des Arbeitgebers liegende Interesse muß dabei sogar noch "dringend", d.h. besonders wichtig sein. Der Gesetzgeber schätzt das Interesse am Arbeitsplatz also eindeutig höher ein als die betrieblichen Belange ¹⁰⁾.

1) Auffahrt-Müller, § 1, 195; Maus, § 1, 184.

2) So auch BAG AP Nr. 8 zu § 13 KSchG; Galperin, Umfang und Grenzen der gerichtlichen Nachprüfung betriebsbedingter Kündigungen, BB 1954, 1117.

3) Siehe dazu Nikisch, § 53 IV, S. 851.

4) BAG AP Nr. 8 zu § 13 KSchG.

5) BAG AP Nr. 19 zu § 1 KSchG; AP Nr. 14 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung.

6) Auffahrt-Müller, § 1, 196; Hueck-Hueck, § 1, 103; Maus, a.a.O.

7) Maus, § 1, 193.

8) Z.B. BAG AP Nr. 6, 21, 23 zu § 1 KSchG; AP Nr. 5, 14 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung.

9) Galperin, a.a.O.

10) Monjau, a.a.O.

Selbst wenn unter Berücksichtigung aller dieser Faktoren die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, so kann sie trotzdem sozial ungerechtfertigt sein, wenn bei der Auswahl des oder der zu Entlassenden die sozialen Gesichtspunkte des § 1 Abs. 3, S. 1 KSchG nicht oder nicht ausreichend beachtet worden sind. Der Arbeitgeber hat hier vor allem Alter, Familienstand und die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers, also rein persönliche Umstände, zu bedenken. Ein jüngerer Arbeitnehmer ist z.B. noch beweglicher und kann sich eher an andere Verhältnisse in einem neuen Betrieb oder gar an einen anderen Arbeitsort gewöhnen als ein älterer Arbeitnehmer. Ein verheirateter Arbeitnehmer, der allein für den Unterhalt seiner Familie zu sorgen hat, wird durch die Kündigung härter getroffen als ein lediger Arbeitnehmer. Daneben spielen bei der Auswahl jedoch auch betriebsbezogene soziale Gesichtspunkte wie z.B. die Dauer der Betriebszugehörigkeit eine Rolle ¹⁾.

Die vom Arbeitgeber zu treffende Auswahl hat sich auf den Betrieb zu beschränken, in dem Entlassungen notwendig werden ²⁾. Innerhalb des Betriebes kommt eine weitere Einschränkung der zur Auswahl stehenden Arbeitnehmer grundsätzlich nicht in Betracht ³⁾. Eine Einschränkung dahin, daß bei Großbetrieben nur eine Auswahl unter Arbeitnehmern "in Nachbarschaft zueinander", d.h. innerhalb derselben Betriebsabteilung ⁴⁾, möglich ist, würde zwar die praktischen Schwierigkeiten der richtigen sozialen Auswahl für den Arbeitgeber verringern, findet aber im Gesetz

1) LAG Frankfurt, BB 1954, 682; Auffahrt-Müller, § 1, 236; Hueck-Hueck, § 1, 117; Maus, § 1, 231; Monjau, Soziale Auswahl bei betriebsbedingter Kündigung, BB 1967, 1381.

2) Hueck-Hueck, § 1, 123; Maus, § 1, 246.

3) Maus, § 1, 286.

4) So aber LAG Frankfurt AP Nr. 45 zu § 1 KSchG; Müller, Zum Bereich der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG, DB 1956, 965.

keine Stütze ¹⁾. Naturgemäß können aber nur Arbeitnehmer bei der Auswahl miteinander verglichen werden, die gegeneinander ausgetauscht werden können. Wenn Arbeitnehmer einer bestimmten Berufsgruppe entbehrlich sind, so fragt sich, wer unter den Angehörigen dieser Berufsgruppe am wenigsten schutzbedürftig ist; es kann aber nicht ein Arbeitnehmer einer anderen Berufsgruppe entlassen werden ²⁾.

Die Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer nach sozialen Gesichtspunkten erstreckt sich gem. § 1 Abs. 3, S. 2 KSchG nicht auf Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung durch berechnigte betriebliche Bedürfnisse bedingt ist. Damit kommt es auch bei der Auswahl der zu Kündigenden zu einer Abwägung der Interessen des betroffenen Arbeitnehmers und der Interessen des Betriebes ³⁾, wobei hier allerdings den betrieblichen Belangen der Vorrang eingeräumt wird ⁴⁾.

- (2) Vergleich der Entscheidungsmaßstäbe gem. §§ 50 Abs. 2, S. 5 VglO, 1 Abs. 2 und 3 KSchG

Die entscheidende Frage ist nun, ob das Vergleichsgericht diese maßgeblichen Gesichtspunkte für die soziale Rechtfertigung einer Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen bei seiner Ermächtigungserteilung gem. § 50 Abs. 2, S. 5 VglO notwendigerweise ⁵⁾ zu berücksichtigen hat. Das ist der Fall, wenn die Erteilungsvoraussetzungen des

1) Hueck-Hueck, § 1, 124 m.w.N.

2) Auffahrt-Müller, § 1, 234; Hueck-Hueck, § 1, 125; Kunkel, DB 1952, 379; Maus, § 1, 250.

3) BAG AP Nr. 25 zu § 1 KSchG; Galperin, RdA 1966, 361; Monjau, BB 1967, 1381.

4) Hueck-Hueck, § 1, 117; Kunkel, a.a.O.

5) So Bley-Mohrbutter, § 51, 46 c; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 626, 78.

Vergleichsgerichts die Voraussetzungen für eine wirksame Kündigung aus betrieblichen Gründen mitumfassen oder die Voraussetzungen für die Ermächtigung sich zumindest mit den Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung decken.

Vergleicht man die Ermächtigungsvoraussetzungen und die Kündigungsvoraussetzungen gem. § 1 Abs. 2 und 3 KSchG miteinander, so zeigt sich, daß es sich hier wie dort um ausfüllungsbedürftige Generalklauseln handelt ¹⁾. Typische Eigenschaft solcher Klauseln ist es, daß nicht allgemein gesagt werden kann, wann die jeweiligen Voraussetzungen gegeben sind; dies ist vielmehr eine Frage des Einzelfalles. Die Generalklauseln lassen sich lediglich an Hand einzelner Fallgruppen näher erläutern ²⁾.

Das Vergleichsgericht hat bei der Erteilung der Ermächtigung - entsprechend dem Zweck des § 51 Abs. 2 VglO - in erster Linie darauf zu achten, daß die vorzeitige Vertragsabwicklung im Interesse der wirtschaftlichen Erhaltung des schuldnerischen Unternehmens erfolgt. Im Rahmen der Frage, ob das Festhalten am Arbeitsvertrag das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs gefährden würde, ist zu untersuchen, ob die Vertragserfüllung den Gesundungsprozeß erschweren würde ³⁾ beziehungsweise - positiv ausgedrückt - ob eine vorzeitige Kündigung für die Sanierung geboten erscheint. Das wird stets dann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr benötigt wird ⁴⁾.

1) Vgl. für die Klausel "dringende betriebliche Erfordernisse", Hörnig, RdA 1955, 132; für § 50 Abs. 2, S. 5 VglO Kiesow, § 28, 26 a.

2) Auffahrt-Müller, § 1, 195.

3) Cahn, VglO § 28, S. 192; Maeder, S. 17.

4) Vgl. den Wortlaut des Musterantrages bei Mohrbutter-Haarmann, S. 352.

Um entsprechende Feststellung treffen zu können, hat das Vergleichsgericht die Verhältnisse im Unternehmen des Vergleichsschuldners als Grundlage für die Ermächtigungsentscheidung heranzuziehen. Dabei sind die Entscheidungen des Vergleichsschuldners, die die Situation in seinem Unternehmen bestimmen und bestimmt haben, als gegeben hinzunehmen, ohne daß diese Entscheidungen auf ihre Zweckmäßigkeit oder Notwendigkeit hin überprüft werden können ¹⁾. Denn im Vergleichsverfahren verbleibt die Unternehmensleitung in den Händen des Vergleichsschuldners. Die Gestaltung des Unternehmens unterliegt weiterhin seiner freien Entscheidung.

Für die Arbeitsleistung des betroffenen Arbeitnehmers besteht vor allem dann kein Bedarf mehr, wenn sein Arbeitsplatz infolge betrieblicher Maßnahmen wie Rationalisierungen oder Teilstillegungen verloren gegangen ist. Wollte man den Vergleichsschuldner hier dazu zwingen, jeden Arbeitsvertrag bis zum Ablauf der vertraglichen Frist einzuhalten, so wäre er zur Zahlung von Gehältern verpflichtet, denen keine gleichwertige Leistung mehr gegenübersteht. Ein solches Mißverhältnis zum Nachteil des Arbeitgebers würde seine ohnehin schon bedrängte wirtschaftliche Situation weiter belasten.

Wenn das Vergleichsgericht in diesen Fällen nach den Gründen fragt, warum der Arbeitnehmer nicht mehr benötigt wird, so enthält die Untersuchung zwangsläufig eine Prüfung der Frage, ob im Einzelfall betriebliche Gründe für eine vorzeitige Kündigung gegeben sind. Wenn beispielsweise der Vergleichsschuldner als Inhaber eines Kaufhauses seine Lebensmittelsabteilung stilllegt und nun beim Vergleichsge-

1) Dies gilt nach hM auch für das Arbeitsgericht im Rahmen der Untersuchung der betriebsbedingten Kündigung (vgl. Hueck-Hueck, § 1, 104; Maus, § 1, 188 ff., jeweils m.w.N.).

richt den Antrag auf Ermächtigung zur Kündigung von zwanzig Verkäuferinnen stellt, so hat das Vergleichsgericht für jede Verkäuferin zu überprüfen, ob gerade ihr Arbeitsplatz von der Teilstillegung betroffen ist. Grund für die Kündigung sind dann die betrieblichen Verhältnisse. In den meisten Fällen wird das Vergleichsgericht die Ermächtigung erteilen, weil solche betrieblichen Gründe dies im Interesse einer erfolgreichen Sanierung des schuldenrischen Unternehmens notwendig machen.

Das bedeutet jedoch nicht, daß die Ermächtigung in jedem Fall aus betrieblichen Gründen ausgesprochen wird. Es sind vielmehr auch andere Gründe denkbar, die dazu führen können, daß der einzelne Arbeitnehmer nicht mehr benötigt wird. Um sein Unternehmen aus der wirtschaftlichen Krise herauszuführen, wird der Unternehmer nicht nur zu Mitteln wie Rationalisierung und Betriebseinschränkungen greifen. Häufig werden personelle Veränderungen erst dazu beitragen, daß das Unternehmen wieder einen wirtschaftlichen Aufschwung erlebt. Der Gesundungsprozeß wird gefördert, wenn der Vergleichsschuldner ein möglichst effektiv arbeitendes Team von Mitarbeitern in seinem Unternehmen beschäftigen kann. Je leistungsfähiger der einzelne Arbeitnehmer ist, desto günstiger wird sich dieser Umstand regelmäßig auf die Gesamtleistung des Unternehmens auswirken. Stellt man die durch § 51 Abs. 2 VglO geschützten Interessen des Arbeitgebers in den Vordergrund - und dies muß man bei der Frage nach den Erteilungsmaßstäben des Vergleichsgerichts, wenn man zweckfremde Erwägungen vermeiden will -, so kann es für die Sanierung nur von Nutzen sein, wenn der Vergleichsschuldner allein aufgrund von Leistungskriterien bestimmt, wen er weiter in seinem Unternehmen weiterbeschäftigen will.

Solche Gesichtspunkte können den Vergleichsschuldner dazu veranlassen, einzelne weniger leistungsfähige Arbeitnehmer zu entlassen, um sie entweder durch neu einzustellende Arbeitnehmer zu ersetzen oder um die dann anfallende Mehrarbeit auf die verbleibenden Arbeitnehmer, notfalls in Überstunden, zu verteilen. In diesen Fällen würden nicht die Verhältnisse des Betriebes eine Kündigung erforderlich machen ¹⁾. Für die Sanierung des Unternehmens können sich solche Entlassungen jedoch förderlich auswirken ²⁾.

Das Vergleichsgericht fragt bei seiner Ermächtigungsentscheidung nicht ausdrücklich danach, ob betriebliche Gründe für eine vorzeitige Kündigung vorliegen. Festzustellen ist vielmehr, ob im Interesse der Sanierung des schuldnerischen Unternehmens eine vorzeitige Vertragsabwicklung zweckmäßig ist und geboten erscheint. Diese Untersuchung wird in den meisten Fällen gleichzeitig eine Prüfung der Frage enthalten, ob betriebliche Gründe für eine vorzeitige Kündigung gegeben sind, sie muß es aber nicht notwendigerweise in jedem Fall.

In den Fällen, in denen das Vergleichsgericht zwangsläufig überprüft, ob betriebliche Gründe für eine vorzeitige Kündigung vorliegen, ist es fraglich, ob darüberhinaus eine Übereinstimmung zwischen den Erteilungsvoraussetzungen für die Ermächtigung und den Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung bestehen. Nach § 1 Abs. 2 KSchG muß die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sein. Das Erfordernis der Dringlichkeit verlangt, daß der Arbeitgeber im Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes nicht

1) Vgl. Hörnig, RdA 1955, 132.

2) Die Möglichkeit einer vorzeitigen Kündigung aus anderen als betrieblichen Gründen scheint auch Wichmann, § 3 II, S. 63 anzuerkennen, wenn er die Ermächtigung auch für den Fall erteilen will, daß ein Betriebsleiter durch die Art seiner bisherigen Geschäftsführung keine Gewähr für das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs bietet.

bei betrieblichen Schwierigkeiten den Weg des geringsten Widerstandes geht, sondern zunächst sich zu bemühen hat, durch andere für den Arbeitnehmer weniger einschneidende Mittel die Kündigung zu verhindern ¹⁾. Im Rahmen der Untersuchung einer Vergleichsgefährdung hat das Vergleichsgericht dagegen nicht die Interessen des Arbeitnehmers, sondern die des Arbeitgebers in den Vordergrund zu stellen. Wirtschaftliche Erwägungen sollen auf dem Weg zur Sanierung des Unternehmens den Ausschlag geben. Solche Überlegungen aber gebieten es regelmäßig, bei auftretenden betrieblichen Schwierigkeiten einen Teil der Arbeitnehmer zu entlassen. Für den Arbeitnehmer weniger einschneidende Mittel würden in den meisten Fällen nur zu Lasten des Vergleichsschuldners gehen. Wenn beispielsweise ein Produktionszweig wegen Auftragsmangel stillgelegt werden soll, so ist im Interesse des Gesundungsprozesses eine vorzeitige Kündigung angebracht. Insoweit verdienen Arbeitsverträge keine unterschiedliche Behandlung im Vergleich zu anderen Dauerschuldverhältnissen oder Austauschverträgen, bei denen die Vertragspartner sich ebenfalls, wenn für ihre vertragliche Leistung aus wirtschaftlichen Gründen kein Bedarf mehr besteht, grundsätzlich mit der vorzeitigen Vertragsabwicklung abfinden müssen.

Etwas anderes kann sich allerdings daraus ergeben, daß das Vergleichsgericht bei seiner Ermächtigungserteilung auch zu prüfen hat, ob die vorzeitige Kündigung dem Arbeitnehmer keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt. Damit könnte das Vergleichsgericht letztlich doch auf die Dringlichkeit einer betriebsbedingten Kündigung einzugehen haben. Der Gedanke der Dringlichkeit enthält das Erfordernis einer Abwägung der Arbeitgeberinteressen an der Kündigung und der Arbeitnehmerinteressen an der Erhaltung des Arbeitsplatzes ²⁾.

¹⁾ Vgl. Maus, § 1, 184.

²⁾ Monjau, BB 1967, 1211.

Das Vergleichsgericht hat dagegen bei der Prüfung eines unverhältnismäßigen Schadens für den Arbeitnehmer nicht dessen Interesse an der Erhaltung des Arbeitsplatzes, sondern sein Interesse an der Einhaltung des Vertrages in Erwägung zu ziehen ¹⁾. Dieses Vertragsinteresse des Arbeitnehmers findet nur insoweit Beachtung, als der Schaden, der dem Arbeitnehmer bei vorzeitiger Kündigung entsteht, im Verhältnis zum Nachteil des Arbeitgebers bei Vertragserfüllung überwiegt. Grundsätzlich soll der Vergleichsschuldner durch § 51 Abs. 2 VglO begünstigt werden ²⁾; das bedeutet, daß der Arbeitnehmer die vorzeitige Kündigung und einen daraus entstehenden Schaden regelmäßig hinzunehmen hat ³⁾. Seine Interessen an der Einhaltung des Vertrages spielen erst dann eine Rolle, wenn er durch die vorzeitige Vertragsabwicklung höher als der Arbeitgeber im Falle der Vertragserfüllung belastet würde. Daraus ergibt sich, daß entsprechend dem Zweck des § 51 Abs. 2 VglO die vertraglichen Interessen des Arbeitnehmers zweitrangige Bedeutung haben. Im Rahmen der Interessenabwägung des § 1 Abs. 2 KSchG wird dagegen dem Arbeitnehmerinteresse an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes der Vorrang eingeräumt vor den Arbeitgeberinteressen ⁴⁾.

Während der Kündigungsschutz eine Kündigung schon dann verhindert, wenn weniger einschneidende Maßnahmen möglich sind, wird die Ermächtigung zur vorzeitigen Kündigung nur dann nicht erteilt, wenn der Arbeitnehmer trotz Ausschüttung der Schadensersatzquote ⁵⁾ mehr geschädigt wird als sein Arbeitgeber

1) Siehe oben S.68 ff.; deshalb kann die Kündigung in den Fällen, in denen sie nicht aus betrieblichen Gründen erfolgt, auch nicht aus Gründen, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, sozial gerechtfertigt sein.

2) Cahn (VglO), § 28, S. 187.

3) Kiesow, § 28, 26 a.

4) Monjau, a.a.O.

5) Vgl. dazu § 52 VglO.

bei Vertragserfüllung. Für das Kündigungsschutzgesetz sind also andere und vor allem strengere Maßstäbe entscheidend als für die Ermächtigungserteilung. Man kann den Interessenschutz, den der Arbeitnehmer durch die Ermächtigung genießt, gewissermaßen als ein Minus gegenüber dem allgemeinen Kündigungsschutz ansehen; dort ist lediglich - wie bei anderen gegenseitigen Verträgen auch - das Interesse an der Einhaltung des Vertrages von Bedeutung, hier geht es darum, ob das Vertragsverhältnis überhaupt gekündigt werden kann.

Entscheidend ist letztlich, daß das Vergleichsgericht nicht die Frage zu beantworten hat, ob bei der Auswahl des zu entlassenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte in ausreichendem Maße berücksichtigt sind. Das Vergleichsgericht achtet zwar darauf, daß der Arbeitnehmer im Vergleich zum Arbeitgeber nicht unverhältnismäßig geschädigt wird, und eine solche Prüfung kann es auch mit sich bringen, daß die Ermächtigung wegen der schlechten Vermögensverhältnisse des Arbeitnehmers versagt wird. Das Gericht stellt jedoch aufgrund der Erteilungsmaßstäbe des § 50 Abs. 2, S. 5 VglO keinen Vergleich unter den zur Auswahl stehenden Arbeitnehmern an, um festzustellen, welcher oder welche Arbeitnehmer am wenigsten schutzbedürftig sind.

Zusammenfassend ergibt die Gegenüberstellung von § 1 Abs. 2 und 3 KSchG und § 50 Abs. 2, S. 5 VglO, daß die Interessenabwägung, die das Vergleichsgericht vorzunehmen hat, sich nicht mit der Interessenabwägung unter dem Gesichtspunkt der sozialen Rechtfertigung deckt ¹⁾. In den meisten Fällen wird die Ermächtigung zwar wegen der betrieblichen Verhältnisse

1) So ausdrücklich Auffahrt-Müller, § 1, 99.

erteilt, die Unterschiedlichkeit der beiden Generalklauseln wird jedoch verständlich, wenn man sich die verschiedenartigen Zwecke der Vorschriften, in denen diese Klauseln enthalten sind, vor Augen hält. Das Vergleichsgericht hat bei der Ermächtigung die durch § 51 Abs. 2 VglO geschützten Interessen des Arbeitgebers an der Sanierung seines Unternehmens in den Vordergrund zu stellen. Wirtschaftliche Erwägungen geben den Ausschlag, der Arbeitnehmer wird lediglich insofern geschützt, als er durch die vorzeitige Kündigung nicht unverhältnismäßig geschädigt werden soll. Demgegenüber sind nach dem Kündigungsgesetz die Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes von Bedeutung. Betriebliche Belange spielen erst dann eine Rolle, wenn sie so wichtig sind, daß sich die Kündigung durch andere weniger einschneidende Maßnahmen nicht mehr vermeiden läßt ¹⁾. Entscheidend dafür, daß sich die Maßstäbe des Vergleichsgerichts bei der Erteilung der Ermächtigung gem. § 50 Abs. 2, S. 5 VglO und die Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung nicht decken, ist also letztlich der unterschiedliche rechtspolitische Blickwinkel, aus dem das Vergleichsgericht und das Arbeitsgericht die Kündigung betrachten. Insoweit besteht damit auch noch nach Ermächtigung durch das Vergleichsgericht ein Bedürfnis für einen Schutz des Arbeitnehmers vor einem ungerechtfertigten Verlust seines Arbeitsplatzes, wie er durch § 1 KSchG bezweckt wird.

1) Monjau, BB 1967, 1211.

- (3) "Vorverlagerung" des allgemeinen Kündigungsschutzes auf das Ermächtigungsverfahren?

Ein Ausschluß des allgemeinen Kündigungsschutzes nach erteilter Ermächtigung könnte jedoch dann gerechtfertigt sein, wenn man dem Vergleichsgericht die Aufgabe überträgt, bei der Ermächtigungsentcheidung neben den Erteilungsvoraussetzungen gem. § 50 Abs. 2, S. 5 VglO auch die Entscheidungsmaßstäbe des § 1 Abs. 2 und 3 KSchG zu beachten ¹⁾. Erteilt das Vergleichsgericht die Ermächtigung zur vorzeitigen Kündigung allein aufgrund der Maßstäbe gem. § 50 Abs. 2, S. 5 VglO, so besteht die Möglichkeit, daß der Vergleichsschuldner zu einer Kündigung ermächtigt wird, die - sofern der allgemeine Kündigungsschutz nicht aus anderen Gründen ausgeschlossen ist - sozial ungerechtfertigt ist. Auf eine entsprechende Kündigungsschutzklage hin würde das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit dieser Kündigung feststellen.

Solche divergierenden gerichtlichen Entscheidungen könnten allerdings bereits dann ausgeschlossen sein, wenn das Arbeitsgericht im Kündigungsschutzprozeß zu einer Unwirksamkeit der Kündigung gar nicht mehr gelangen kann, weil es an die Ermächtigungsentcheidung des Vergleichsgerichts gebunden ist ²⁾.

Abgesehen von gesetzlich geregelten Sonderfällen besteht eine Bindung an Entscheidungen anderer Gerichte nur im Rahmen der materiellen Rechtskraft ³⁾. Bei dem Ermächtigungsbeschuß des Vergleichsgerichts

-
- 1) So Vogels-Nölte, § 51 III, 3, die sich im Ergebnis allerdings für ein Eingreifen des allgemeinen Kündigungsschutzes im Fall des § 51 Abs. 2 VglO aussprechen; Wichmann, § 3 II, S. 63, § 5 III, S. 84.
2) So Keidel, JW 1933, 1696; Waechter, DB 1953, 887.
3) Brox, Die Bindung des Richters an Entscheidungen anderer Gerichte, ZZP 74, 46.

handelt es sich um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit ¹⁾. Für Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist es lebhaft umstritten, ob sie überhaupt materiell rechtskräftig werden können ²⁾. Innerhalb der hier aufgeworfenen Frage ist dieser Streit jedoch ohne Bedeutung. Lehnt man die materielle Rechtskraft der Entscheidung des Vergleichsgerichts grundsätzlich ab ³⁾, so kommt eine Bindung des Arbeitsgerichts an die vergleichsgerichtliche Entscheidung ohnehin nicht in Betracht. Aber auch dann, wenn man die materielle Rechtskraft dieser Entscheidung bejaht ⁴⁾, ist das Arbeitsgericht nicht daran gehindert, die Unwirksamkeit der Kündigung festzustellen.

Das Arbeitsgericht wäre nur dann an die Entscheidung des Vergleichsgerichts gebunden, wenn es sich im Kündigungsschutzprozeß entweder um denselben Streitgegenstand wie in dem Ermächtigungsverfahren handeln würde, oder wenn die rechtskräftige Ermächtigung zur Kündigung hinsichtlich der sozialen Rechtfertigung der Kündigung Präjudizialität entfalten würde ⁵⁾. Gegenstand des Verfahrens vor dem Vergleichsgericht ist das Begehren des Arbeitgebers, ihn zur vorzeitigen

-
- 1) Bley-Mohrbutter, § 50, 16; Maeder, S. 27; Mayer, § 28, 23; vgl. auch Bericht des 13. Ausschusses über den Entwurf eines Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, Nr. 3430 der Drucksachen des Reichstages, III. Wahlperiode 1924/27, S. 33.
 - 2) Vgl. zu diesem Problem Bärmann, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 22 I, S. 158 m.w.N.; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 28, S. 161 ff.; Keidel-Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 31, 18 m.w.N.
 - 3) So z.B. RGZ 124, 322; Münzel, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung, ZZP 66, 334.
 - 4) Einem solchen Ergebnis dürfte im Interesse der Rechtssicherheit zuzustimmen sein; vgl. auch Bley-Mohrbutter, § 50, 22; Böhle-Stamschräder, § 50, 4.
 - 5) Brox, Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, JuS 1962, 121; Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 62, III, S. 203 f.; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, § 152 IV, S. 827.

Kündigung zu ermächtigen, Streitgegenstand im Kündigungsschutzprozeß ist nach hM ¹⁾ die Feststellung, daß die konkrete Kündigung unwirksam ist, nach der Mindermeinung ²⁾ die Feststellung des Bestehens des Arbeitsverhältnisses zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung. Von einer Identität des Streit- bzw. Verfahrensgegenstandes kann daher hier nicht die Rede sein. Der Identität des Streitgegenstandes wird allerdings der Fall gleichgestellt, daß im zweiten Verfahren das kontradiktorische Gegenteil der Entscheidung des ersten Verfahrens angestrebt wird ³⁾. Im Kündigungsschutzprozeß verlangt der Arbeitnehmer jedoch nicht die Feststellung, daß dem Vergleichsschuldner die Ermächtigung zu Unrecht erteilt worden ist, er wendet sich vielmehr unmittelbar gegen die Kündigung, nicht gegen die dieser Kündigung vorgeschaltete Ermächtigung. Wegen fehlender Identität des Streitgegenstandes ist das Arbeitsgericht daher insoweit nicht an die Entscheidung des Vergleichsgerichts gebunden.

Durch die Ermächtigung des Vergleichsgerichts ist aber auch nicht als entscheidungserhebliche Vorfrage rechtskräftig festgestellt worden, daß die Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Die Ermächtigungsentcheidung hängt, soweit sie aufgrund der Maßstäbe des § 50 Abs. 2, S. 5 VglO erteilt wird, nicht davon ab, daß die vorzeitige Kündigung auch unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 und 3 KSchG gerechtfertigt ist ⁴⁾. Deshalb ist das Arbeitsgericht nicht daran

-
- 1) BAG AP Nr. 17, 18, 40 zu § 3 KSchG; Auffahrt-Müller, § 3, 38; Herschel-Steinmann, § 3, 8 a; Hueck-Hueck, § 4, 48.
 - 2) Böttcher, Zur Geltendmachung der Unwirksamkeit einer sozial ungerechtfertigten Kündigung, BB 1952, 978; Lüke, Zum Streitgegenstand im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozeß, JZ 1960, 203; Zeuner, Wiederholung der Kündigung und Rechtskraft im Kündigungsschutzstreit, MDR 1956, 257.
 - 3) Jauernig, § 62 I, S. 202; Rosenberg-Schwab, § 152 IV, S. 827.
 - 4) Siehe oben Seite 87 ff.

gehindert, unabhängig von der Ermächtigungsteilung des Vergleichsgerichts, die Sozialwidrigkeit und damit die Unwirksamkeit der Kündigung festzustellen ¹⁾. Eine solche Entscheidung enthält nicht die Überprüfung des vergleichsgerichtlichen Beschlusses. Wenn das Vergleichsgericht die Ermächtigung also allein nach vergleichsrechtlichen Gesichtspunkten erteilt, so kann für die nachfolgende Kündigung durch das Arbeitsgericht gleichwohl festgestellt werden, daß die Kündigung aus arbeitsrechtlichen Gründen unwirksam ist.

Dieses Ergebnis ließe sich nun dadurch vermeiden, daß man den allgemeinen Kündigungsschutz des Arbeitnehmers auf das Ermächtigungsverfahren "verlagert" ²⁾, also die für die Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO bedeutsamen vergleichsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Gesichtspunkte in einem Verfahren zusammenfaßt und dann für die mit Ermächtigung des Vergleichsgerichts ausgesprochene Kündigung den allgemeinen Kündigungsschutz ausschließt. Eine solche Zusammenfassung von vergleichs- und arbeitsrechtlichen Fak-

1) Problematisch wäre die Frage der Bindung an die Entscheidung des Vergleichsgerichts lediglich dann gewesen, wenn die Erteilungsmaßstäbe gem. § 50 Abs. 2, S. 5 VglO gleichzeitig die Prüfung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung enthalten hätten. Ein solches Problem taucht u.a. im Rahmen des § 103 Abs. 2 BetrVG auf, wenn das Arbeitsgericht die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes ersetzt. Da bereits die Ersetzung der Zustimmung davon abhängt, ob ein wichtiger Kündigungsgrund vorliegt, entsteht hier die Frage, ob das Arbeitsgericht im anschließenden Kündigungsschutzprozeß hinsichtlich des Vorliegens eines wichtigen Grundes an die vorangegangene Entscheidung gebunden ist (so BAG EZA § 103 BetrVG 1972 Nr. 6, 8 mit zustimmender Anmerkung von Dütz, EZA § 103 BetrVG 1972 Nr. 8; Dietz-Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 103, 26 m.w.N.; a.A. Maurer, Kündigung von Mitgliedern einer Betriebsvertretung, BB 1972, 971; Lepke, Zustimmung des Betriebsrates zu außerordentlichen Kündigungen des Arbeitgebers in besonderen Fällen, BB 1973, 894; Schlüter, Anm. zu BAG EZA § 103 BetrVG 1972, Nr. 6).

2) Der Ausdruck stammt von Habscheid, NJW 1971, 1688.

toren in einer Entscheidung mag gerechtfertigt erscheinen, weil das Vergleichsgericht bei Vorliegen der Voraussetzungen gem. § 50 Abs. 2, S. 5 VglO nicht die Ermächtigung zu erteilen hat, sondern die Ermächtigung lediglich erteilen soll. Das Gesetz räumt dem Vergleichsgericht bei seiner Entscheidung also ein Ermessen ein ¹⁾. Dieses Ermessen könnte es zulassen, auch Gesichtspunkte des allgemeinen Kündigungsschutzes in die Ermächtigungsentcheidung des Vergleichsgerichts einfließen zu lassen, um damit eine sozialwidrige vorzeitige Kündigung zu verhindern.

Durch die Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Gesichtspunkte würde das Vergleichsgericht jedoch seine Zuständigkeit verkennen bzw. seine Kompetenzen überschreiten. Wenn das Vergleichsgericht - das ist nach § 3, Ziff. 2 f RPflG der Rechtspfleger - bei seiner Entscheidung auch die Frage untersucht, ob die nachfolgende Kündigung sozial gerechtfertigt und deshalb wirksam ist, so läuft eine solche Prüfung auf die Feststellung hinaus, ob das Arbeitsverhältnis durch die Arbeitgeberkündigung beendet wird oder nicht. Fragen des Bestehens oder Nichtbestehens eines Arbeitsverhältnisses sind aber gem. § 2 Abs. 1, Ziff. 2 ArbGG ausschließlich den Arbeitsgerichten vorbehalten. Diese sind vor allem durch ihre paritätische Besetzung mit Laienrichtern aus den Kreisen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer charakterisiert ²⁾; darüberhinaus zeichnen sich die berufsrichterlichen Mitglieder meist durch eine besondere Eignung für Arbeitsrechtssachen aus ³⁾. Allein die Arbeitsgerichte sollen wegen ihrer besonderen Sachkunde darüber entscheiden, ob die Kündigung im Sinne der allgemeinen Kündigungsschutzbe-

1) Maeder, S. 28.

2) Grunsky, Arbeitsgerichtsgesetz, § 1, 1.

3) Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 91 IV, S. 883.

stimmungen sozial gerechtfertigt ist ¹⁾; dem Vergleichsgericht steht die Prüfung solcher Fragen dagegen nicht zu.

Außerdem würde die Vorwegnahme des allgemeinen Kündigungsschutzes durch das Vergleichsgericht zu Entscheidungen führen, die mit Zweck und Grundgedanken des § 51 Abs. 2 VglO nicht vereinbar wären. Diese Vorschrift dient dazu, im Interesse des Arbeitgebers Arbeitsverträge, deren Erfüllung für die Erhaltung des schuldnerischen Unternehmens nicht notwendig ist, vorzeitig zu lösen. Wenn das Vergleichsgericht bei der Ermächtigung auch Gesichtspunkte des allgemeinen Kündigungsschutzes berücksichtigen wollte, so stünden letztlich doch die Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes und nicht - wie durch § 51 Abs. 2 VglO bezweckt - die Interessen des Arbeitgebers im Vordergrund.

Schließlich verlangt der allgemeine Kündigungsschutz, daß der gekündigte Arbeitnehmer die Sozialwidrigkeit der Kündigung gerichtlich geltend macht ²⁾. Der Kündigungsschutz hat dann keinen Sinn, wenn der Gekündigte selbst keinen Wert darauf legt ³⁾.

Wenn man den allgemeinen Kündigungsschutz in das Ermächtigungsverfahren "vorverlagern" würde, so würden in diesem Verfahren arbeitsrechtliche Gesichtspunkte eine Rolle spielen, obwohl noch gar nicht feststeht, ob der Arbeitgeber einerseits von seinem vorzeitigen Kündigungsrecht Gebrauch macht - trotz Ermächtigung ist er nämlich nicht zur Kündigung verpflichtet ⁴⁾ - und der Arbeitnehmer andererseits

1) Sellmann, Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter, § 14, 56.

2) Vgl. § 4 KSchG.

3) Molitor, Die Kündigung, S. 219.

4) Bley-Mohrbutter, § 50, 24; § 51, 27.

nach Kündigungsausspruch den allgemeinen Kündigungsschutz in Anspruch nehmen will. Zusammenfassend kann gesagt werden, daß es entgegen der Ansicht von *Vogels-Nölte* ¹⁾ und *Wichmann* ²⁾ nicht gerechtfertigt ist, bei der Ermächtigungsentscheidung auch die Gesichtspunkte des allgemeinen Kündigungsschutzes angemessen zu berücksichtigen.

(4) Zwischenergebnis

Die vergleichsgerichtliche Ermächtigung wird also unabhängig davon erteilt, ob die nachfolgende Kündigung durch den Arbeitgeber im Einzelfall sozial gerechtfertigt ist oder nicht. Deshalb besteht auch nach Ermächtigung zur vorzeitigen Kündigung noch ein Bedürfnis, den Arbeitnehmer vor einem sozial nicht gerechtfertigten Verlust seines Arbeitsplatzes zu schützen. Die Ermächtigung kann nicht zu einem Ausschluß des allgemeinen Kündigungsschutzes führen.

Bestätigung findet ein solches Ergebnis, wenn man die rechtsähnlich gelagerten Fälle ³⁾ der Kündigung eines Schwerbehinderten bzw. der Kündigung einer schwangeren oder niedergekommenen Frau betrachtet. Gem. § 12 SchwbG bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Schwerbehinderten durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle. Nach § 9 Abs. 3 MuSchG kann die für Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde die Kündigung gegenüber einer schwangeren Frau oder Wöchnerin, die grundsätzlich gem. § 9 Abs. 1 MuSchG unzulässig ist, ausnahmsweise für zulässig erklären.

1) § 51 III, 3.

2) § 3 II, S. 63; § 5 III, S. 84.

3) Vgl. zum Begriff der Rechtsanalogie Enneccerus-Nipperdey, § 58 II, S. 339 f.

Ihrer Rechtsnatur nach handelt es sich bei diesen behördlichen Erklärungen um Verwaltungsakte ¹⁾. Die Hauptfürsorgestelle entscheidet, abgesehen von den Fällen, in denen sie gem. § 16 SchwbG die Zustimmung erteilen muß oder soll, nach freiem, pflichtgemäßen Ermessen ²⁾. Inhalt und Grenzen der Entscheidung bestimmen sich allein nach Zweck und Grundgedanken des besonderen Kündigungsschutzes für Schwerbehinderte ³⁾. Das Schwerbehindertengesetz ist ein Fürsorgegesetz, das den Arbeitnehmer vor einer Kündigung und damit vor einem Verlust seines Arbeitsplatzes aus Gründen seiner Behinderung schützen soll. Die Hauptfürsorgestelle hat zu prüfen, ob und wieweit durch die Kündigung eines Schwerbehinderten dessen besondere, durch sein körperliches Leiden bedingte soziale Stellung im Arbeitsprozeß berührt wird ⁴⁾. Im Rahmen der Entscheidung über die Zustimmung kommt es unter Berücksichtigung der besonderen Fürsorgemaßstäbe, die für Schwerbehinderte gelten, zu einer Abwägung der Interessen des Schwerbehinderten an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes und der Interessen des Arbeitgebers an einer möglichst wirtschaftlichen und reibungslosen Fortführung seines Betriebes ⁵⁾. Auch bei der Zulässigkeitserklärung zu einer Kündigung gem. § 9 Abs. 3 MuSchG, die stets vor Kündigungsausspruch erteilt sein muß ⁶⁾, kommt es, wenn ein "besonderer Fall" gegeben ist ⁷⁾, zu einer Abwägung der Interessen der werdenden Mutter oder Wöchnerin am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses während der Schutzfristen und der Interessen des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ⁸⁾.

1) Bulla-Buchner, Mutterschutzgesetz, § 9, 138; Wilrodt-Neumann, Schwerbehindertengesetz, § 12, 77.

2) Wilrodt-Neumann, § 12, 74.

3) Sellmann, § 14, 55.

4) Sellmann, § 14, 56.

5) OVG Lüneburg, VerwRspr. 5, 122; Sellmann, § 14, 57.

6) Bulla-Buchner, § 9, 142.

7) Der "besonderer Fall" ist Tatbestandsvoraussetzung für die Entscheidung der Arbeitsbehörde; vgl. Bulla-Buchner, § 9, 151.

8) Vgl. Bulla-Buchner, § 9, 151.

Der Kündigungsschutz nach dem Schwerbehindertengesetz und nach dem Mutterschutzgesetz bietet dem betroffenen Personenkreis einen zusätzlichen Kündigungsschutz neben dem, allgemeinen Kündigungsschutz. Deshalb kann sowohl der Schwerbehinderte als auch die durch das Mutterschutzgesetz geschützte Arbeitnehmerin nach erfolgter Zustimmung durch die Hauptfürsorgestelle bzw. Zulässigkeitserklärung durch die zuständige Arbeitsbehörde noch den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz in Anspruch nehmen. Trotz der behördlichen Zustimmung besteht dann die Möglichkeit, daß das Arbeitsgericht die Sozialwidrigkeit der Kündigung bejaht ¹⁾.

Im Unterschied zur Kündigung eines Schwerbehinderten oder einer schwangeren bzw. niedergekommenen Arbeitnehmerin ist der vergleichsrechtlichen Kündigung zwar kein Verwaltungsakt, sondern ein gerichtlicher Beschluß vorgeschaltet, der in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergeht ²⁾; die Entscheidungen stehen also nicht auf derselben Stufe. Dennoch können Parallelen zwischen dem Verwaltungsverfahren und dem Verfahren vor dem Vergleichsgericht nicht verkannt werden ³⁾. So erfordern insbesondere beide Verfahren einen Antrag des Arbeitgebers und in beiden Verfahren wird von Amts wegen ermittelt. Es erscheint daher gerechtfertigt, die Kündigungsfälle, bei denen eine behördliche Zustimmung erforderlich ist, mit der Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VglO zu vergleichen.

- 1) Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 4.6.1952, Drucksache Nr. 3430 des Deutschen Bundestages, 1. Wahlperiode, S. 32; BVerwG AP Nr. 16 zu § 14 SchwBeschG; BAG AP Nr. 19 zu § 14 SchwBeschG; Bulla-Buchner, § 9, 192; Hueck-Hueck, Einl. S. 51; Meisel-Hiersemann, Mutterschutzgesetz, § 9, 117 ff.; Sellmann, § 14, 3, 56; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, vor §§ 620 ff., 118 e; Wilrodt-Neumann, § 12, 8.
- 2) Bley-Mohrbutter, § 50, 16; Maeder, S. 27; Mayer, § 28, 23.
- 3) Bärmann, § 5 IV, S. 37; Bettermann, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsprechung und Verwaltung, S. 24.

Obwohl im Rahmen des Zustimmungsverfahrens für eine Kündigung gem. §§ 12 SchwbG, 9 Abs. 3 MuSchG bereits das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes, allerdings unter Beachtung der mit dem besonderen Kündigungsschutz verfolgten Zwecke, Berücksichtigung findet, greift in diesen Fällen daneben noch der allgemeine Kündigungsschutz ein. Bei der Ermächtigungsentscheidung spielt der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses dagegen keine Rolle; gleichgestellt mit anderen Vertragspartnern des Vergleichsschuldners sind lediglich seine Interessen an der Einhaltung des Vertrages von Bedeutung ¹⁾. Wenn aber der allgemeine Kündigungsschutz schon in den Fällen eingreift, in denen im vorherigen Zustimmungsverfahren die Arbeitnehmerinteressen an der Erhaltung des Arbeitsplatzes bereits berücksichtigt worden sind, dann muß dieser Schutz dem Arbeitnehmer erst recht zugute kommen, wenn - wie bei der vergleichsrechtlichen Kündigung - diese Arbeitnehmerinteressen bei der vorangegangenen Ermächtigung noch nicht beachtet worden sind. Trotz der Ermächtigung des Vergleichsgerichts muß also nach Sinn und Zweck der §§ 1, 13 KSchG der allgemeine Kündigungsschutz bei einer vergleichsrechtlichen Kündigung Anwendung finden.

b. Nach der ratio legis des § 51 Abs. 2 VglO

Es bleibt zu prüfen, ob sich ein solches Ergebnis mit der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 51 Abs. 2 VglO vereinbaren läßt. Durch das vorzeitige Kündigungsrecht soll dem Vergleichsschuldner die Möglichkeit gegeben werden, Arbeitsverträge, deren Erfüllung die Sanierung des Unternehmens erschweren würde, vorzeitig zu beenden ²⁾. Im Interesse des

1) Siehe oben Seite 68 ff.

2) Siehe oben Seite 59 ff.

Vergleichsschuldners und damit auch im Interesse seiner Gläubiger ¹⁾ wird eine erleichterte Lösung vertraglicher Bindungen geschaffen. Der allgemeine Kündigungsschutz macht diese Erleichterung weitgehend wieder rückgängig. Das Kündigungsrecht des Vergleichsschuldners wird eingeschränkt. Er kann es nicht nur im eigenen und im Interesse der Vergleichsgläubiger ausüben, sondern hat bei der Kündigung auch die Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes zu beachten. Damit besteht die Möglichkeit, daß Arbeitsverträge eingehalten werden müssen und das Vermögen des Vergleichsschuldners durch Gehaltsfortzahlungen belastet wird, obwohl die Vertragserfüllung nicht den Interessen von Vergleichsschuldner und Vergleichsgläubigern dient. Eine allein dem Zweck des Vergleichsverfahrens entsprechende Abwicklung der Arbeitsverträge - wie sie durch § 51 Abs. 2 VglO erreicht werden soll - wird durch das Eingreifen des allgemeinen Kündigungsschutzes vereitelt. Nach Sinn und Zweck des § 51 Abs. 2 VglO muß man daher zu dem Ergebnis kommen, daß es nicht mit der ratio legis dieser Vorschrift vereinbar ist, wenn der allgemeine Kündigungsschutz eingreift ²⁾.

c. Vorrang des allgemeinen Kündigungsschutzes

Die Gegenüberstellung von §§ 1, 13 KSchG und § 51 Abs. 2 VglO zeigt, daß es hier zu einer Interessenkollision kommt. Den Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes stehen dabei in erster Linie die Interessen des Arbeitgebers gegenüber. Aber auch den Vergleichsgläubigern ist an einem uneingeschränkten, vorzeitigen Kündigungsrecht ihres Schuldners gelegen. Damit ist zu untersuchen, welchem der betroffenen Interessen der Vorrang gebührt.

1) Bley-Mohrbutter, § 50, 1 c.

2) So ausdrücklich Wichmann, § 5 III, S. 84.

Vor der Eröffnung des Vergleichsverfahrens stehen sich bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber allein die Interessen der Vertragsparteien gegenüber. Dabei wird dem Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes der Vorrang eingeräumt ¹⁾. Der allgemeine Kündigungsschutz bezieht seine Rechtfertigung aus der besonderen Stellung des Arbeitnehmers. Diese ist durch seine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber gekennzeichnet. Deshalb ist er im Verhältnis zum Arbeitgeber der sozial Schwächere und bedarf daher des besonderen Schutzes ²⁾. Dieser Schutz ist allerdings nicht schrankenlos ausgedehnt. Vielmehr wird im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes auch den Interessen des Arbeitgebers an wirtschaftlicher Flexibilität Rechnung getragen. Auf diese Weise wird ein Ausgleich zwischen dem Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers und der Belastungsfähigkeit des Arbeitgebers geschaffen. Denn nur eine leistungsfähige Wirtschaft ist imstande, dem Arbeitnehmer auch wirtschaftliche Sicherheit zu gewähren ³⁾. Aus rein wirtschaftlichen Gründen, insbesondere allein aus Gründen des finanziellen Leistungsvermögens des Arbeitgebers ⁴⁾, kann dem Arbeitnehmer aber nicht gekündigt werden.

Nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens sind sowohl weiterhin die Interessen des Arbeitgebers als auch die Interessen der Vergleichsgläubiger durch ihren ausschließlich wirtschaftlichen Charakter geprägt. Demgegenüber entspringt der allgemeine Kündigungsschutz sozialen Erwägungen, die in der Rechtsordnung bewußt den Vorzug genießen vor rein wirtschaftlichen Überlegungen ⁵⁾. Es ist nicht einzusehen, warum der

1) Ausführlich dazu oben Seite 37 ff.

2) Hueck-Nipperdey (Lehrbuch) Band I, § 7, S. 26;
Schaub, § 2, S. 2.

3) Schaub, a.a.O., S. 3.

4) RAGE 13, 143.

5) Jaeger-Lent, § 22, 22.

allgemeine Kündigungsschutz gerade dann ausgeschlossen sein soll, wenn das durch § 1 KSchG geschützte Rechtsgut, nämlich Arbeitsplatz und Betriebszugehörigkeit ¹⁾, wegen des Vergleichsverfahrens des Arbeitgebers besonders gefährdet ist. In Zeiten einer wirtschaftlichen Hochkonjunktur und Vollbeschäftigung hat der allgemeine Kündigungsschutz für den Arbeitnehmer vor allem den ideellen Wert, ihm seine gewohnte Umwelt zu sichern ²⁾. Tatsächlich wird er von diesem Schutz kaum Gebrauch machen müssen, da der Arbeitgeber bestrebt sein wird, die Arbeitnehmer in seinem Unternehmen zu halten. Ein verstärktes Schutzbedürfnis tritt dagegen auf, wenn der Arbeitgeber in eine wirtschaftlich bedrängte Situation gerät und sich von einem Teil seiner Arbeitnehmer trennen möchte. In dieser Konfliktsituation kann der allgemeine Kündigungsschutz der ihm zugedachten Rolle besonders gerecht werden, einen ausgewogenen Interessenausgleich ³⁾ herbeizuführen.

Wenn der allgemeine Kündigungsschutz im Vergleichsverfahren gilt, so bedeutet das nicht, daß die durch § 51 Abs. 2 VglO geschützten Interessen unberücksichtigt bleiben. Da im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes auch wirtschaftliche Erwägungen von Bedeutung sind, werden die Interessen des Arbeitgebers und der Vergleichsgläubiger nur soweit eingeschränkt, als dies für den Schutz des Arbeitnehmers vor einem ungerechtfertigten Verlust seines Arbeitsplatzes notwendig ist.

1) Vgl. Begründung zum Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1951, 61.

2) Schaub, § 2, S. 4.

3) BAG AP Nr. 6 zu § 1 KSchG.

Nun ist allerdings zu bedenken, daß die vergleichsrechtliche Kündigung wegen der vorgeschalteten Ermächtigung des Vergleichsgerichts immerhin nicht willkürlich ausgesprochen werden kann. Das bedeutet jedoch nicht, daß unter arbeitsrechtlichen Aspekten ein Mißbrauch des vorzeitigen Kündigungsrechts ausgeschlossen ist ¹⁾. Der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses, wie er durch § 1 KSchG bezweckt wird, erschöpft sich nicht in einem Schutz gegen willkürliche Kündigungen, sondern sichert dem Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz in den durch § 1 Abs. 2 und 3 KSchG abgesteckten Grenzen ²⁾.

Ein Ausschluß des allgemeinen Kündigungsschutzes würde schließlich zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung führen. Die vergleichsrechtliche Kündigung kommt nur - wie oben dargestellt ³⁾ - für befristete oder für unbefristete Arbeitsverhältnisse mit längerer als der gesetzlichen Frist in Betracht. Daneben behält der Vergleichsschuldner die Möglichkeit, diese Arbeitsverhältnisse auch durch eine ordentliche Kündigung zu beenden. Denn § 51 Abs. 2 VglO ist nur für den Fall geschaffen, daß der Vergleichsschuldner nicht beim Vertrag stehen bleiben will ⁴⁾. Wollte man bei vergleichsrechtlicher Kündigung dem betroffenen Arbeitnehmer den allgemeinen Kündigungsschutz versagen, so würde er im Verhältnis zu dem ordentlich gekündigten Arbeitnehmer, der den allgemeinen Kündigungsschutz in Anspruch nehmen kann ⁵⁾, schlechter gestellt, obwohl er durch die vorzeitige Kündigung bereits benachteiligt ist. Außerdem würde

1) Das scheint von Wichmann, § 5 III, S. 84 verkannt zu werden.

2) Galperin, RdA 1966, 361.

3) Siehe Seite 20.

4) Bley-Mohrbutter, § 51, 37; Cahn, Aus meinem Sammelheft zur Vergleichsordnung, LZ 1928, Sp. 657; Kiesow, § 29, 38; Rühl, Die Vergleichsordnung und der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt, ZZP 56, 154; Wichmann, a.a.O.

5) Bley-Mohrbutter, § 51, 46 a.

er im Vergleich zu den Arbeitnehmern, bei denen eine vergleichsrechtliche Kündigung gar nicht in Frage kommt, weil ihnen ohnehin mit gesetzlicher oder kürzerer Frist gekündigt werden kann, denen grundsätzlich also nur ordentlich gekündigt werden kann, schutzlos gestellt, obwohl er andererseits vertraglich besser abgesichert ist als diese Arbeitnehmer.

Man muß daher zu dem Schluß kommen, daß der allgemeine Kündigungsschutz bei einer Kündigung gem. § 51 Abs. 2 VgLO eingreift. Diese Kündigung ist also nur dann materiell berechtigt, wenn als besonderer Kündigungsgrund das Vergleichsverfahren eröffnet und die Kündigung außerdem sozial gerechtfertigt ist.

d. Ausschuß der Ermächtigung de lege ferenda

Die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes bei vergleichsrechtlicher Kündigung bedeutet eine mögliche doppelte Inanspruchnahme der Gerichte. Das Vergleichsgericht betrachtet dabei die Kündigung aus der Sicht des Arbeitgebers, der die Sanierung seines Unternehmens anstrebt. Es hat darüber zu wachen, daß die vorzeitige Kündigung nicht aus vergleichsfremden Erwägungen ausgesprochen wird. Demgegenüber sieht das Arbeitsgericht die Kündigung aus der Perspektive des betroffenen Arbeitnehmers und dessen Interesse, seinen Arbeitsplatz nicht zu verlieren. Ein solcher Verlust soll nur in den Grenzen des wirtschaftlich und sozial Vertretbaren hingenommen werden. Naturgemäß werden damit andere und vor allem strengere Voraussetzungen an die Wirksamkeit der Kündigung geknüpft als dies für die vorgeschaltete Ermächtigung der Fall ist. Die unterschiedlichen vergleichs- und arbeitsrechtlichen Gesichtspunkte können dazu führen, daß der Vergleichs-

schuldner zu einer Kündigung ermächtigt wird, die das Arbeitsgericht im nachfolgenden Kündigungsprozeß aufgrund der strengeren Maßstäbe des § 1 Abs. 2 und 3 KSchG für unwirksam erklärt. Umgekehrt erscheint es dagegen schwer vorstellbar, daß das Vergleichsgericht die Ermächtigung zu einer vorzeitigen Kündigung verweigert, die vom Arbeitsgericht nach dem allgemeinen Kündigungsschutz als sozial gerechtfertigt angesehen worden wäre.

Die Ermächtigung dient dazu, eine mißbräuchliche Ausübung des vorzeitigen Kündigungsrechts zu verhindern. Eine solche Kontrolle durch das Vergleichsgericht ist in den Fällen angebracht, in denen der Vertragspartner die Erfüllungsablehnung bzw. die vorzeitige Kündigung hinzunehmen hat. Das gilt sowohl für Austauschverträge, als auch für Miet- und Pachtverhältnisse, bei denen der Vergleichsschuldner Mieter oder Pächter ist ¹⁾. Bei Arbeitsverhältnissen, bei denen der Vergleichsschuldner Arbeitgeber ist, hat der Vertragspartner dagegen die Möglichkeit, soweit die dafür notwendigen Voraussetzungen gegeben sind, sich mit Hilfe des allgemeinen Kündigungsschutzes gegen die vorzeitige Kündigung zur Wehr zu setzen. Durch diesen Schutz ist der Arbeitnehmer in umfassender Weise vor einem ungerechtfertigten Verlust seines Arbeitsplatzes geschützt, während die Ermächtigung des Vergleichsgerichts für ihn lediglich die Gewähr bietet, daß die vorzeitige Kündigung nicht aus vergleichsfremden Gründen ausgesprochen wird. Da der Vergleichsschuldner einem Arbeitnehmer, der den allgemeinen Kündigungsschutz genießt, ohnehin, soweit der Arbeitnehmer den Schutz geltend macht, nur dann vorzeitig kündigen kann, wenn die Kündigung sozial gerechtfertigt ist, erscheint in diesen Fällen die zusätzlich erforderliche Ermächtigung zur Kündigung überflüssig.

1) Vgl. dazu §§ 50, 51 Abs. 2 VglO.

Zur Vermeidung einer doppelten Inanspruchnahme der Gerichte und damit verbundener unterschiedlicher Entscheidungen empfiehlt es sich, de lege ferenda die vorzeitige Kündigung in den Fällen, in denen der allgemeine Kündigungsschutz gilt, ohne vorherige Ermächtigung des Vergleichsgerichts zuzulassen.

2. Der allgemeine Kündigungsschutz bei einer Kündigung gem. § 22 KO

Die Ausgangsfrage dieser Arbeit ist zwar beantwortet. Es bleibt jedoch zu prüfen, ob auch bei einer konkursrechtlichen Kündigung gem. § 22 KO der allgemeine Kündigungsschutz nicht ausgeschlossen ist. Denn die Frage nach der Geltung dieses Kündigungsschutzes bei vergleichsrechtlicher Kündigung ist in eine Untersuchung der von der hM vertretenen Ansicht ¹⁾ eingebettet, daß § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG den allgemeinen Kündigungsschutz nur bei einer außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund und damit nicht bei einer insolvenzrechtlichen Kündigung ausschließe. Bisher ist aber lediglich festgestellt worden, daß § 51 Abs. 2 VgLO nicht als eine Vorschrift über das Recht zur außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG anzusehen ist.

Bei der Abstimmung der Rechtsordnungszwecke von §§ 1, 13 KSchG und § 22 KO sind zunächst dieselben Überlegungen von Bedeutung wie bei der Gegenüberstellung mit der vergleichsrechtlichen Kündigung. Die ratio legis des § 13 Abs. 1 KSchG, der die Frage der materiellen Berechtigung einer außerordentlichen Kündigung nicht für längere Zeit in der Schwebe lassen will, gebietet auch hier eine unterschiedliche Behandlung der außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund und der konkurs-

1) Siehe oben Seite 25 ff.

rechtlichen Kündigung gem. § 22 KO. Denn die materielle Berechtigung der Kündigung, die Eröffnung des Konkursverfahrens, kann zwischen den Parteien - ebenso wie bei einer vergleichsrechtlichen Kündigung - nicht umstritten sein. Außerdem spielen bei der Frage nach dem besonderen Kündigungsgrund die Interessen des Arbeitnehmers, anders als bei einer Kündigung aus wichtigem Grund, auch hier keine Rolle, so daß insoweit der allgemeine Kündigungsschutz bei einer konkursrechtlichen Kündigung nicht ausgeschlossen werden kann.

Im Unterschied zum gerichtlichen Vergleichsverfahren wird die vorzeitige Kündigung allerdings nicht durch den Arbeitgeber, sondern durch den Konkursverwalter ausgesprochen. Das bedeutet jedoch nicht, daß dadurch der allgemeine Kündigungsschutz in ausreichendem Maße Berücksichtigung findet. Der Konkursverwalter soll seiner Entscheidung, einem Arbeitnehmer vorzeitig zu kündigen, allein die Interessen der Konkursmasse, d.h. die Interessen der Konkursgläubiger an einer bestmöglichen Befriedigung zugrunde legen ¹⁾.

Insbesondere, wenn der Betrieb des Gemeinschuldners ganz oder teilweise fortgeführt wird, ist es daher denkbar, daß die Kündigung im Einzelfall sozialwidrig ist, vor allem wegen mangelnder Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Auswahl der zu Entlassenden. Dagegen wird die Kündigung in den Fällen, in denen der Konkursverwalter sich entschließt, den Betrieb stillzulegen, wegen dringender betrieblicher Erfordernisse zwar sozial gerechtfertigt sein ²⁾, so daß eine Kündigungsschutzklage erfolglos sein wird. Dem Arbeitnehmer muß jedoch die Möglichkeit erhalten bleiben, eine gerichtliche Überprüfung

1) Jaeger-Lent, § 17, 30; § 22, 22.

2) Hueck-Hueck, § 1, 62; Jaeger-Lent, § 22, 23;
Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, vor §§ 620 ff.,

der Frage herbeizuführen, ob tatsächlich eine Betriebsstillegung und nicht bloß beispielsweise eine Betriebsunterbrechung oder Scheinstillegung die Kündigung bedingt haben. Allein die Eröffnung des Konkursverfahrens reicht auch hier nicht aus, den allgemeinen Kündigungsschutz bei einer Kündigung gem. § 22 KO auszuschließen. Denn die Konkursöffnung als solche ist noch nicht mit der Stillegung des Betriebes gleichzusetzen ¹⁾.

Nach der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 22 KO muß dagegen - ebenso wie nach der ratio legis des § 51 Abs. 2 VglO - ein Eingreifen des allgemeinen Kündigungsschutzes abgelehnt werden ²⁾. Das vorzeitige Kündigungsrecht soll dem Konkursverwalter die Möglichkeit verschaffen, im Interesse der Konkursgläubiger Arbeitsverträge, deren Erfüllung dem Zweck des Konkurses zuwiderlaufen würde, vorzeitig zu beenden. Durch den allgemeinen Kündigungsschutz wird diese erleichterte Kündigungsmöglichkeit weitgehend wieder rückgängig gemacht, eine allein dem Konkurszweck entsprechende Abwicklung der Arbeitsverträge wird vereitelt.

Damit kommt es auch bei der konkursrechtlichen Kündigung zu einer Interessenkollision. Den Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes stehen dabei die Interessen der Konkursgläubiger an einer bestmöglichen Befriedigung gegenüber. Diese Gegenüberstellung ist ebenfalls dadurch gekennzeichnet, daß auf Seiten der Konkursgläubiger wirtschaftliche Interessen den Ausschlag geben, während auf Seiten des Arbeitnehmers dessen Interessen durch soziale Erwägungen geprägt sind, denen die Rechtsordnung bewußt den Vorrang eingeräumt hat ³⁾.

1) RAG ARS 8, 328.

2) Franke, S. 23; Jaeger-Lent, § 22, 22.

3) Jaeger-Lent, a.a.O.

Nun kann zwar nicht verkannt werden, daß durch die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes im Konkurs ein Personenkreis betroffen wird, dessen Rechte durch den allgemeinen Kündigungsschutz gar nicht unmittelbar eingeschränkt werden sollen. Da sich der Arbeitnehmer bei einer Kündigung im Konkurs jedoch nicht mehr den Arbeitgeberinteressen, sondern den Gläubigerinteressen, die an die Stelle der Arbeitgeberinteressen getreten sind, gegenübergestellt sieht, müssen die Gläubiger auch die Beschränkungen in Kauf nehmen, die dem Arbeitgeber zugunsten des Arbeitnehmers auferlegt worden sind. Dem Arbeitnehmer darf es nicht zum Nachteil reichen, daß er durch den Konkurs seines Arbeitgebers bei einer Kündigung nicht mehr mit dessen wirtschaftlichen Interessen, sondern mit den gleichfalls wirtschaftlichen Interessen der Konkursgläubiger konfrontiert wird.

Als Ergebnis läßt sich damit feststellen, daß der allgemeine Kündigungsschutz auch bei einer konkursrechtlichen Kündigung durch den Konkursverwalter gem. § 22 KO eingreift ¹⁾. Daher kann die außerordentliche Kündigung gem. § 22 KO ebenfalls nicht als eine Vorschrift über das Recht zur außerordentlichen Kündigung im Sinne des § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG angesehen werden.

1) Zustimmend Auffahrt-Müller, § 1, 98; Böhle-Stam-schräder (KO) § 22, 7; Brill, AuR 1967, 335; Dietz, Das neue Kündigungsschutzgesetz, NJW 1951, 941; Erdmann-Müller, Kündigungsschutzgesetz, § 1, 13 f.; Heilmann, Die Rechtslage des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeitgebers, NJW 1975, 1758; Hueck-Hueck, § 1, 62; Maus, § 1, 100 a; Mentzel-Kuhn, § 22, 16; Mohrbutter-Haarmann, S. 119; Monjau-Heimeier, § 1, S. 29; Nikisch, § 51 V, S. 769; Rewolle, DB 1967, 1134; Schnorr von Carolsfeld, § 9 V, S. 398; Schuldt, AuR 1953, 267; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, vor §§ 62o ff., 112; Wichmann, § 5 III, S. 82 f.; a.A. Herschel-Steinmann § 11, 5.

3. Ergebnis

Der Arbeitnehmer kann den allgemeinen Kündigungsschutz sowohl bei einer vergleichs- als auch bei einer konkursrechtlichen Kündigung in Anspruch nehmen. Das aber bedeutet, daß die insolvenzrechtlichen Kündigungsmöglichkeiten entgegen dem Wortlaut des § 13 Abs. 1, S. 1 KSchG nicht als Vorschriften über das Recht zur außerordentlichen Kündigung im Sinne dieser Regelung angesehen werden können. Da außer diesen beiden Kündigungsvorschriften als außerordentliche Arbeitgeberkündigung nur die gesetzlich geregelten Fälle der außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht kommen, ist die Norm des § 13 Abs. 1 KSchG dahingehend zu reduzieren, daß unter dem Begriff der außerordentlichen Kündigung in dieser Ausnahmenvorschrift nur die außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund zu verstehen ist.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Untersuchung hat gezeigt, daß der allgemeine Kündigungsschutz bei einer vergleichsrechtlichen Kündigung - ebenso wie bei einer konkursrechtlichen Kündigung gem. § 22 KO - Anwendung findet. Abweichend von der hM ist eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden insolvenzrechtlichen Kündigungsregeln wegen der im Falle des § 51 Abs. 2 VglO erforderlichen Ermächtigung des Vergleichsgerichts nicht gerechtfertigt. Denn die Erteilung dieser Ermächtigung bedeutet nicht, daß die nachfolgende Kündigung durch den Vergleichsschuldner in jedem Fall sozial gerechtfertigt ist.

Einerseits deckt sich die Interessenabwägung, die das Vergleichsgericht gem. § 50 Abs. 2, S. 5 VglO vorzunehmen hat, nicht mit einer Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung. Denn das Vergleichsgericht und das Arbeitsgericht betrachten die Kündigung aus verschiedenen Blickwinkeln. Das Vergleichsgericht hat bei der Ermächtigung die durch § 51 Abs. 2 VglO geschützten Interessen des Arbeitgebers an der Sanierung seines Unternehmens in den Vordergrund zu stellen. Die Interessen des Arbeitnehmers, und zwar nicht einmal sein Interesse an der Erhaltung des Arbeitsplatzes, sondern lediglich sein Interesse an der Einhaltung des Vertrages, spielen nur insofern eine Rolle, als daß der Arbeitnehmer durch die vorzeitige Kündigung nicht mehr geschädigt werden soll als der Arbeitgeber im Falle der Vertragserfüllung. Demgegenüber gibt das Arbeitsgericht bei der Frage der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung dem Interesse des Arbeitnehmers an dem Bestand des Arbeitsverhältnisses den Vorzug.

Auf der anderen Seite ist das Vergleichsgericht auch nicht berechtigt, die für den allgemeinen Kündigungsschutz bedeutsamen Faktoren gem.

§ 1 Abs. 2 und 3 KSchG in die Ermächtigungsentcheidung einfließen zu lassen. Das Gesetz räumt dem Vergleichsgericht bei seiner Entscheidung zwar ein Ermessen ein, durch eine "Vorverlagerung" des allgemeinen Kündigungsschutzes würde es jedoch, abgesehen davon, daß das Vergleichsgericht seine Kompetenz überschreiten würde, zu Entscheidungen kommen, die mit Zweck und Grundgedanken des § 51 Abs. 2 VglO nicht vereinbar wären. Denn wenn das Vergleichsgericht auch die Gesichtspunkte des allgemeinen Kündigungsschutzes berücksichtigen wollte, so stünden letztlich doch die Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes und nicht - wie durch § 51 Abs. 2 VglO bezweckt - die Interessen des Arbeitgebers im Vordergrund. Darüber hinaus wäre es sinnlos, arbeitsrechtliche Erwägungen über die Wirksamkeit einer späteren Kündigung anzustellen, wenn noch gar nicht feststeht, ob einerseits der Arbeitgeber von seinem vorzeitigen Kündigungsrecht Gebrauch machen wird und ob andererseits der Arbeitnehmer den allgemeinen Kündigungsschutz überhaupt in Anspruch nehmen will.

Die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes bei vergleichsrechtlicher Kündigung bedeutet allerdings eine mögliche doppelte Inanspruchnahme der Gerichte. Dabei ist es durchaus denkbar, daß der Vergleichsschuldner zu einer Kündigung ermächtigt wird, die das Arbeitsgericht im nachfolgenden Kündigungsschutzprozeß für unwirksam erklärt. Um solche unterschiedlichen Entscheidungen zu vermeiden, empfiehlt es sich, de lege ferenda die vorzeitige Kündigung in den Fällen, in denen der allgemeine Kündigungsschutz gilt, ohne vorherige Ermächtigung des Vergleichsgerichts zuzulassen. Die Ermächtigung soll eine miß-

bräuchliche Ausübung des vorzeitigen Kündigungsrechts zu Lasten des Vertragspartners verhindern. Da der Vergleichsschuldner einem Arbeitnehmer aber ohnehin, soweit der Kündigungsschutz geltend gemacht wird, nur dann vorzeitig kündigen kann, wenn die Kündigung sozial gerechtfertigt ist, erscheint in diesem Fall die zusätzlich erforderliche Ermächtigung des Vergleichsgerichts überflüssig.

LEBENS LAUF

Am 9. Januar 1947 wurde ich als erstes Kind des Brauereidirektors i.R. Dr. jur. Gunther Tilse und seiner Ehefrau Eva-Friederike, geb. Schrauff, in Gummersbach geboren. 1953 wurde ich eingeschult, am 26.2.1966 bestand ich am Humboldt-Gymnasium in Dortmund das Abitur. Anschließend leistete ich meinen Wehrdienst bei der Bundeswehr für zwei Jahre ab und wurde als Leutnant d.R. entlassen. Nach dem Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg, Genf und Bonn bestand ich am 16.3.1973 beim Oberlandesgericht Düsseldorf die erste juristische Staatsprüfung, Am 2.5.1973 wurde ich in den Vorbereitungsdienst der Freien und Hansestadt Hamburg übernommen und legte am 23.1.1976 beim Gemeinsamen Prüfungsamt der Länder Bremen, Hamburg und Schleswig-Holstein die große juristische Staatsprüfung ab. Seit dem 1.4.1977 bin ich bei der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft in München angestellt.

